

العنوان:	منهج الاختيار من أقوال المذاهب الفقهية في قانون الأحوال الشخصية الكويتي : دراسة تطبيقية على مسائل النكاح والطلاق والنفقات
المصدر:	مجلة الحقوق
المؤلف الرئيسي:	السبيعي، إبراهيم عبدالله البديوي
المجلد/العدد:	مج 37, ع 2
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الناشر:	جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي
الشهر:	يونيو / شعبان
الصفحات:	83 - 15
رقم MD:	474743
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الطلاق، الفقه الإسلامي، المذاهب الفقهية، القوانين و التشريعات، قانون الأحوال الشخصية ، النكاح، الأحكام الفقهية، الكويت، الأدلة الشرعية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/474743

منهج الاختيار من أقوال المذاهب الفقهية في قانون الأحوال الشخصية الكويتي دراسة تطبيقية على مسائل النكاح والطلاق والنفقات(*)(**)

الدكتور/ إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي
الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

هذا بحث بعنوان "الاختيار من أقوال المذاهب الفقهية في الأحوال الشخصية الكويتي، دراسة تطبيقية على مسائل النكاح والطلاق والنفقات"، حاولنا فيه رصد الأسس التي سار عليها المقنن الكويتي في الاختيار من أقوال العلماء في المسائل الخلافية؛ حيث تناولنا في الفصل الأول: تاريخ التقنين في الدول الإسلامية والعربية ودولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، وتناولنا في الفصل الثاني: تعريف التعارض وشروطه، والترجيح وشروطه، وأقسام ومراتب الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي، أما الفصل الثالث والأخير فقد تناولنا فيه أسس الاختيار من أقوال العلماء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وهي: مراعاة التيسير

(*) أجزى البحث بتاريخ ١٤/٢/٢٠١٢م.

(**) تم تمويل البحث مالياً من إدارة الأبحاث بجامعة الكويت برقم (hc01-11)

ورفع الحرج، ومراعاة أعراف المجتمع وتقاليده، ومراعاة المصلحة، ومراعاة الحفاظ على كيان الأسرة.

وقد انتهى البحث إلى العديد من النتائج، منها: أن المقنن الكويتي وضع نصب عينيه - عند سن قانون الأحوال الشخصية الكويتي - سلوك طريق التيسير والتخفيف، ورفع الحرج ومراعاة أعراف المجتمع وتقاليده، وتقدير المصالح، والحفاظ على كيان الأسرة، ومنها أن القانون الكويتي لم يتبع مذهباً واحداً في اختياراته من أقوال المذاهب، على الرغم من أنه اعتمد على المذهب المالكي كمصدر أساس للاختيار، ومنها أن القانون الكويتي في مواضع عديدة سلك مسلك التلفيق بين أقوال المذاهب في المسألة الواحدة؛ مما جعله يخرج بأراء في مسائل الأحوال الشخصية لم يقل بها أحد من الفقهاء قبله، وأن مراعاة مبدأ التيسير قد حدا القانون الكويتي إلى القول ببعض الآراء الضعيفة بل المتعارضة مع النصوص الشرعية.

مقدمة:

الحمد لله وكفى، وصلاة وسلاماً دائماً دائمين دائبين على نبيه المصطفى، وعلى أصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد..

فإن البحث في مسائل الأحوال الشخصية يعد على درجة كبيرة من الأهمية التي تستلزم من الباحث توخي الحيطة والحذر، وعدم التسرع في الإقدام على القول بالتحريم أو التحليل، قبل إمعان النظر في المسألة، وتقليب الفكر فيها، والموازنة بين أقوال أهل العلم في المسائل الخلافية، والتحلي بالكثير من الورع، وما ذلك إلا لحساسية هذه المسائل كونها تتعلق باستحلال الفروج والأنساب وإثبات الأنساب... إلخ.

هذا، وقد صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي في عام ١٩٨٤م، وصرح واضعو القانون بمنهجيتهم في الاختيار من أقوال فقهاء المذاهب، ومن أظهر بنود هذا المنهج رعاية مصلحة الأسرة والحفاظ على قوامها، ومراعاة أعراف المجتمع وخصوصيته، ثم الأخذ بمبدأ التيسير كلما دعت الحاجة إليه.

ولا شك أن الاعتماد على هذه الأسس في الاختيار من أقوال الفقهاء، هو من الأمور المعتمدة التي لا تنكرها الشريعة الإسلامية السمحة، ولكن بشرط ألا تتعارض هذه الأسس أو أحدها مع الأدلة الشرعية الأولى منها في التقديم والاعتبار، وهي: نصوص القرآن والسنة والإجماع، والقياس، فهذه الأدلة هي الأولى من غيرها، والأحق بالتقديم والاعتماد عليها، حتى إذا خلت هذه الأدلة من حكم للمسألة، أمكننا اللجوء إلى العرف أو مراعاة المصلحة.

ويهدف هذا البحث إلى محاولة استكشاف منهج قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الاختيار من أقوال الفقهاء، ومدى اقتراب هذا المنهج أو ابتعاده عن المناهج المعتمدة لدى العلماء في الترجيح بين الأدلة.

أسباب اختيار الموضوع:

ثمة أسباب دعتنا إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة، وهي:

أولاً: إن قانون الأحوال الشخصية من القوانين التي تحتاج إلى إعادة النظر بين فترة وأخرى، وذلك في المسائل التي هي موضع خلاف بين العلماء، بهدف معرفة مدى نجاعة الآراء التي اعتمدها القانون في تحقيق أهداف الشارع الحكيم، والحفاظ على كيان الأسرة، خاصة أن كثيراً من أحكام الأحوال الشخصية مرتبطة بأعراف الناس وعاداتهم، وهي أمور متغيرة من فترة لأخرى، ولهذا فهي بحاجة إلى مراجعة وإعادة نظر من آن إلى آخر، لمعرفة مدى توافق هذه الآراء مع تلك العادات والتقاليد.

ثانياً: ارتفاع حدة الأصوات التي تنادي بضرورة تعديل قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وشكوى العديد من المواطنين من بعض مواد هذا القانون، وهو ما يستوجب إعادة النظر في هذه القضايا بعين الاعتبار والإنصاف.

ثالثاً: محاولة الوقوف على مدى اقتراب منهج قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الاختيار من أقوال الفقهاء، أو ابتعاده عن المناهج المعتمدة لدى العلماء في الترجيح بين الأدلة.

رابعاً: الرغبة في لفت نظر المقنن الكويتي إلى بعض المواضع التي تحتاج إلى إعادة نظر وتعديل في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

خامساً: إن هذا الموضوع لم يسبق لأحد أن تناوله في دراسة أكاديمية أو بحث محكم، على حسب علمنا واطلاعنا.

سادساً: لعل هذا الموضوع يضيف إسهاماً متواضعاً إلى الجهود المباركة التي تقوم بها لجنة العمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والتابعة للديوان الأميري بدولة الكويت، فيما يخص تقديم تصور واضح وشامل عن كافة القضايا والقوانين.

الجديد في هذا البحث:

يتميز هذا البحث في أنه أول دراسة تهدف إلى الوقوف على منهج قانون الأحوال الشخصية في الاختيار من أقوال الفقهاء، وبيان مدى اقتراب هذا المنهج أو بعده عن المناهج المعتمدة لدى الفقهاء والأصوليين في الترجيح بين الأدلة؛ إذ لم يسبق أن تناول أحد من الباحثين هذا الموضوع في دراسة مستقلة، وذلك على حد علمنا.

منهج البحث:

- ١ - جمع مادة البحث من المصادر الأصلية في الفقه الإسلامي.
- ٢ - استقراء قانون الأحوال الشخصية الكويتي، لمعرفة أسس منهجه في الاختيار من أقوال الفقهاء.
- ٣ - توثيق جميع الأقوال والنقولات من مصادرها المباشرة، وعدم اللجوء إلى النقل بالواسطة إلا عند عدم وجود الأصل.
- ٤ - عقد المقارنات بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي في جميع مواضيع البحث.
- ٥ - بينا الرأي الراجح في المسألة بناء على قوة الأدلة، واعتبارات الواقع.

- ٦ - عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف، بذكر السورة ورقم الآية.
- ٧ - تخريج الأحاديث والآثار الواردة من كتب السنة المعتمدة، مع ذكر اسم الكتاب والباب، ورقم الجزء والصفحة، ورقم الحديث أو الأثر، ودرجته إن أمكن ذلك.
- ٨ - الاقتصار في الدراسة على المسائل محل البحث، وعدم الاستطراد إلى موضوعات أخرى.

خطة البحث:

يتألف هذا البحث من مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

الفصل الأول: تاريخ التقنين في الدول الإسلامية والعربية ودولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تاريخ التقنين في الدول العربية والإسلامية.

المبحث الثاني: تاريخ التقنين في دولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

الفصل الثاني: تعريف التعارض والترجيح وبيان مراتب الأدلة في الفقه الإسلامي.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التعارض ومحلّه وشروطه.

المبحث الثاني: تعريف الترجيح وشروطه.

المبحث الثالث: أقسام الأدلة الشرعية ومراتبها في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: أسس الاختيار من أقوال العلماء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مراعاة التيسير ورفع الحرج.

المبحث الثاني: مراعاة أعراف المجتمع وتقاليده.

المبحث الثالث: مراعاة المصلحة.

المبحث الرابع: مراعاة الحفاظ على كيان الأسرة.

الفصل الأول

تاريخ التقنين في الدول العربية والإسلامية ودولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي

وفيه بحثان:

المبحث الأول: تاريخُ التقنين في الدول العربية والإسلامية.

المبحث الثاني: تاريخ التقنين في دولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

تمهيد في تحديد المُراد بالتَّقْنين:

التقنين في اللغة: وضع القوانين^(١). والقانون في اللغة: مقياس كل شيء وطريقه^(٢)، وجمعه قوانين، وهو كلمة سريانية - وقيل: رومية، وقيل: فارسية - بمعنى المسطرة^(٣)،

والقانون: "كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه"^(٤).

ويقصد بالتقنين في الاصطلاح: "جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون، بعد ترتيبها وتبويبها، وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض، وفيها من غموض - في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها"^(٥).

(١) المعجم الوسيط (ص ٧٦٣)، مادة (ق ن ن).

(٢) تاج العروس للزبيدي (٢٦/٣٦).

(٣) تاج العروس للزبيدي (٢٦/٣٦)، والكليات للكفوي (ص ٧٣٤).

(٤) التعريفات للجرجاني (ص ١٧١)، معجم مقاليد العلوم، للسيوطي (ص ١١٧).

(٥) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق، د. محمد زكي عبدالبر، (ص ٢١).

وهذا التعريف من الصعب أن ينطبق على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا فإن التعريف الأنسب لموضوع البحث هو أن التقنين: "صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية، لأجل تنفيذها والعمل بموجبها"^(١).

المبحث الأول

تاريخ التقنين في الدول العربية والإسلامية

١ - تشير المصادر التاريخية إلى أن أول دعوة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، كان وراءها عبد الله بن المقفع، حين عرض على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور جمع الأحكام الفقهية، وإلزام القضاة الحكم بها، وذلك في رسالة له سمّاها: "رسالة الصحابة"^(٢)، ويبدو أن الفكرة لاقت قبولاً لدى المنصور الذي حاول سنة (١٤٨هـ)، أن يلزم الناس بموطأ الإمام مالك، إلا أن الأخير امتنع^(٣).

٢ - ثُمَّ خَمَدَت الفكرة أمداً من الزمن حتّى ظهرت في الهند في القرن الحادي عشر الهجري، حين أمر السلطان محمد عالمكير ١٠٣٨-١١١٨هـ، أحد ملوك الهند، بتشكيل لجنة من كبار فقهاء الهند، برئاسة الشيخ نظام، لتضع كتاباً جامعاً لظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي، فجمعوا ذلك في كتاب معروف بالفتاوى الهندية، إلا أن هذا الجمع لم يكن رسمياً ولا مُلْزماً للمفتين أو القضاة^(٤).

٣ - ثم قفزت فكرة التقنين قفزة كبيرة تحولت على أثرها إلى واقع ملموس، حين

(١) هذا التعريف للدكتور صبحي المحمصاني، انظر: فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، للدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد (٩٤/١).

(٢) آثار ابن المقفع، ص ٣٥٤.

(٣) يُنظر: الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ص ٨٠-٨١ لابن عبد البر. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض ٧١/٢-٧٣، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي، ١١٨/١-١١٩.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، د. محمد سلام مدكور، ص ١٠٨.

قامت الدولة العثمانية في أواخر ملكها، بإصدار (مَجْلَّةِ الأحكامِ العدلية)^(١) سنة ١٢٨٦هـ/ ١٨٦٩م، مُتضمنةً جملةً من أحكام: البيوع، والدعاوى، والقضاء، وقد صيغت لغوياً بنفس أسلوب الصياغة التي كتبت عليها القوانين الغربية من حيث تلخيص الأحكام وترتيبها، وترقيمتها، ثُمَّ أَلَزَمَتِ المحاكمُ بها عام ١٢٩٣هـ.

٤ - وبعد ذلك توالى حركات التقنين في الدول العربية؛ حيث قامت الحكومة المصرية عام (١٣٣٤) بوضع قانون تنظيم أحكام الزواج والطلاق، وأردف ذلك بقانون يضع حداً أدنى لسن الزواج عام (١٣٤٢م)، وهكذا، حتى صدر قانون "الأحوال الشخصية"، مُستمدداً من المذاهب الأربعة وغيرها، ثُمَّ أصدرها في عام ١٣٦٥ قانوناً لتعديل بعض أحكام الوقف، ثُمَّ أصدرها في عام ١٣٧١ قانوناً بإلغاء الوقف الأهلي كله...؟!^(٢).
ومن مصر انتقلت فكرة التقنين إلى أغلب الدول العربية.

المبحث الثاني

تاريخ التقنين في دولة الكويت، والتعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي

المطلب الأول

تاريخ التقنين في دولة الكويت

لم تعرف الكويت في بداية نشأتها القضاء النظامي الذي يعتمد في الأساس على دستور وقوانين مستقرة، وإنما كان شيخ الكويت هو الذي يقوم بمهام القضاء والفصل في الخصومات معتمداً على مبادئ الشريعة الإسلامية

(١) يُنظر: المدخل للفقهاء الإسلاميين د. محمد سلام مذكور، ص ١٠٩، المدخل الفقهي العام، للزرقا ٢١٤/١.

(٢) يُنظر: المدخل للفقهاء الإسلاميين، للدكتور محمد سلام مذكور، ص ١١١-١١٥.

والأحكام العرفية، إلا أن هذا الوضع لم يستمر طويلاً، إذ سرعان ما كثر عدد السكان، وزادت من ثم أعباء الحاكم؛ مما اضطر شيوخ الكويت إلى إسناد وظيفة القضاء إلى من يروونه صالحاً لها.

ولا يعرف - على وجه التحديد - أول من تولى منصب القضاء في الكويت، ولكن أقدم من عرف هو الشيخ محمد بن فيروز المتوفى سنة ١١٣٥هـ^(١).

ويقسم أحد الباحثين^(٢): مراحل تطور النظام القضائي في الكويت إلى خمس مراحل، هي:

١ - المرحلة الأولى: تبدأ منذ نشأة الكويت حتى سنة ١٩٢٥ ميلادية، وكان القضاء في تلك الفترة شاملاً لجميع من يقيمون في الكويت مهما اختلفت الأديان أو الجنسيات، إلى أن أنشأ المعتمد البريطاني محكمة خاصة في سنة ١٩٢٥م، للنظر في قضايا الرعايا البريطانيين. وهي المرحلة التالية.

٢ - المرحلة الثانية: تبدأ من سنة ١٩٢٥ حتى سنة ١٩٣٨م. وفيها انقسم القضاء في الكويت إلى شعبتين: شعبة للكويتيين، وشعبة للأجانب، يمارسها قاض معين في دار الاعتماد البريطانية. وشهدت هذه المرحلة تشكيل لجان متخصصة تفصل في قضايا التجار والحرف والصناعات، ولكل أهل حرفة لجنة تقضي فيما يعرض عليها من قضايا أهل الحرفة، فكان للتجار لجنة وهكذا...، ولم تكن هناك إجراءات محددة، ولم تكن أحكامها مدونة؛ مما أدّى إلى الارتباك والفوضى، وطالب الناس بالإصلاح الذي تحقق في عهد

(١) انظر: لمحات من تطور القضاء والتشريع في الكويت، للأستاذ سليمان خالد المطوع، بحث قانوني منشور في المحامي، العدد السابع- يناير ١٩٧٤ - ص ١١، وتاريخ الكويت للمؤرخ العلامة المرحوم الشيخ عبد العزيز الرشيد، ص ٧٦.
(٢) هو الأستاذ سليمان المطوع، النقيب الأسبق للمحامين في الكويت.

المرحوم الشيخ أحمد الجابر الصباح شيخ الكويت في ذلك الحين في سنة ١٩٣٨م.

٣ - المرحلة الثالثة: من سنة ١٩٣٨ حتى سنة ١٩٤٨م. وقد شهدت هذه المرحلة إجراءين غاية في الأهمية، هما: تأسيس مجلس الشورى سنة ١٩٣٨ برئاسة المرحوم الشيخ عبد الله السالم الصباح، الذي وضع قانوناً للقضاء، وثانيهما: اعتماد مجلة الأحكام العدلية كمصدر للتشريع.

٤ - المرحلة الرابعة: من سنة ١٩٤٨ حتى سنة ١٩٥٩م. بدأت هذه المرحلة بإنشاء إدارة للمحاكم لها رئيس، هو رئيس المحاكم، وأنشئت محكمة رسمية برياسته، وكانت هذه المحكمة تهيمن على جميع المحاكم الأخرى، وكانت المحاكم تحكم بمذهب الإمام مالك في الأحوال الشخصية، وبأحكام المجلة في المسائل المدنية، وفي حالة خلو المجلة من الحكم يرجع إلى المشهور من مذهب مالك.

٥ - المرحلة الخامسة: منذ سنة ١٩٥٩ حتى الآن. بدأت هذه المرحلة سنة ١٩٥٩ بصور قانون تنظيم القضاء المعمول به حالياً، والذي تم بموجبه توحيد جهة القضاء، وتبسيط الإجراءات، وصيانة استقلال القضاء. وفي ٢٥/٢/١٩٦٠م، ألغيت المحكمة الملحقة بدار المعتمد البريطاني، ليكون القانون الكويتي هو القانون الوحيد الذي يطبق على سائر من في الكويت مواطنين ومقيمين^(١).

(١) انظر لمحات من تطور القضاء والتشريع في الكويت للأستاذ الفاضل سليمان خالد المطوع، (مجلة المحامي) جمعية المحامين في الكويت؛ العدد السابع، يناير ١٩٧٤، ص ١٣-١٧.

المطلب الثاني

التعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي

أصدر مجلس الوزراء الكويتي في الأول من ربيع الأول سنة (١٣٩٧هـ)، الموافق ١٩ فبراير ١٩٩٧م، قراراً بشأن تنقيح وتطوير التشريعات الكويتية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتنفيذاً لهذا القرار أصدر المرحوم الشيخ سلمان الدعيج، وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية آنذاك، قراراً رقم (٢) في ٢١/١/١٩٧٨م، بإنشاء لجنة متفرعة لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية، وشكلت اللجنة من السادة: الأستاذ الدكتور/ أحمد الغندور، والمستشار الشيخ/ محمود الأزرق، والمستشار الشيخ/ محمود مكاي^(١).

وقد صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعمول به حالياً في ٨ شوال سنة ١٤٠٤هـ، الموافق ٧ يوليو ١٩٨٤م، متضمناً (٣٤٧) مادة، وعُدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٩٦م، الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤.

ويتكون قانون الأحوال الشخصية الكويتي من قسمين كبيرين، يشتمل كل قسم على كتب، وكل كتاب يشتمل على أبواب، وكل باب يتضمن فصولاً، وبيان ذلك ما يلي:

القسم الأول: الزواج، وفيه عالج المقنن الكويتي موضوعات مقدمات الزواج، والخطبة، وشروط العاقدین، والشروط في العقد، وأنواع الزواج، وآثاره من المهر والنفقة وغيرهما، ثم عرج على فرق الزواج؛ حيث عالج موضوعات الطلاق والخلع والفرقة بالقضاء، ليتناول بعدها آثار فرقة الزواج من العدة والنفقة والمتعة، وناسب ذلك أن يتكلم على ثمرة الزواج من الولادة وما يستتبعها من ثبوت النسب، والرضاع والحضانة ونفقة الأقارب والولاية على النفس.

أما القسم الثاني فقد تناول فيه المقنن أحكام الوصية والمواريث.

(١) انظر: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، د. أحمد الغندور، ص ٢٣.

وقد أشار أحد أعضاء اللجنة^(١) التي كُلِّفت صياغة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، إلى ثلاث قضايا مهمة، نعرضها هنا بإيجاز، ونؤخر الكلام في مناقشتها إلى مواضعها المناسبة من هذا البحث، إن شاء الله تعالى، وهذه القضايا هي:

١ - إن مواد قانون الأحوال الشخصية الكويتي أخذت أحكامها من الشريعة الإسلامية، على أن يكون الأساس فيه مذهب الإمام مالك بن أنس، رحمه الله، ما دامت أحكامه تتفق وعادات الناس وأحوالهم، ويحقق للأسرة الكويتية السعادة والاستقرار. كما أخذت بآراء من المذاهب الفقهية الأخرى إذا رئي أن المصلحة في ذلك^(٢).

٢ - إن اللجنة في عملها لم تتقيد بمذهب معين، لمواكبة التطور الاجتماعي، بغية إصلاح حال الأسرة التي هي أساس المجتمع الصالح؛ وذلك في ظل كثرة الشكاوى من قضاة الأحوال الشخصية بالكويت من إلزامهم بالقضاء بآراء فقهية أصبحت غير ملائمة ولا محققة للعدل والمصلحة في محيط الجماعة^(٣).

٣ - كما أشار هذا العضو نفسه إلى أن الشريعة الإسلامية لم تأمرنا بالتزام مذهب معين، وإنما أمرتنا أن نأخذ الأحكام من المذهب الإسلامي الكبير، على أساس القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء فقهاء السلف والخلف من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية وغيرهم من المجتهدين^(٤).

(١) هو الدكتور أحمد الغندور.

(٢) انظر: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، للدكتور أحمد الغندور، (ص ٨).

(٣) انظر: المرجع السابق، (ص ٢٣).

(٤) انظر: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، للدكتور أحمد الغندور، (ص ٢٣).

الفصل الثاني التعارض والترجيح وبيان مراتب الأدلة في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التعارض ومحلّه وشروطه.

المبحث الثاني: تعريف الترجيح وشروطه.

المبحث الثالث: مراتب الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي.

لما كان الاختيار أحد معاني الترجيح بين الأقوال، ولما كان الترجيح لا ينشأ إلا عند تعارض الأدلة أو تساويها في الحجية، فإن هذا يستلزم أن نطل إطلاقة سريعة على معنى التعارض ومحلّه وشروطه، ثم معنى الترجيح، وشروطه، ثم نخرج بعد ذلك على بيان مراتب الأدلة عند العلماء، وذلك في المباحث الثلاثة التالية.

المبحث الأول تعريف التعارض ومحلّه وشروطه

المطلب الأول تعريف التعارض لغة واصطلاحاً

التعارض لغة: تفاعل من مادة (عرض)، ومن معانيها في اللغة: التقابل؛ يقال: عارض الشيء بالشيء: قابله، وعارضت كتابي بكتابه؛ أي قابلته. ومنها: المساواة والمثل: يقال: عارض فلان فلاناً، إذا فعل فعلاً مساوياً لفعله ومماثلاً له. ومنها المنع: ومنه (اعترض)، أي انتصب، ومنع وصار عارضاً، كالخشبة المنتصبة في النهر والطريق^(١).

(١) انظر: تهذيب اللغة للأزهري (٢٩٤/١)، معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (ص ٧٥٤)، الصحاح للجوهري، لسان العرب لابن منظور (١٨٦/٧)، تاج العروس للزبيدي (٤٤٣/٥).

والتعارض اصطلاحاً: عرفه البزدوي من الحنفية بقوله: "وركن المعارضة تقابل الحجتين على السواء، لا مزية لأحدهما في حكمين متضادين" ^(١). وبمثله قول السرخسي - والنسفي - رحمهما الله ^(٢).

وعرفه ابن السبكي - رحمه الله -: "التعارض بين الشيئين هو: تقابلهما على وجه يمنع كل منهما مقتضى صاحبه" ^(٣).

وهذان التعريفان متفقان على أن التعارض يشترط له أن يكون بين حجتين متساويتين في القوة، فإذا كانت إحدى الحجتين قوية والأخرى ضعيفة، فلا تعارض.

المطلب الثاني محل التعارض

رأينا من التعريفين السابقين أن الأصوليين يشترطون لقيام التعارض كون الدليلين المتعارضين متساويين في القطعية والظنية؛ فلو كان أحدهما قطعياً، والآخر ظنياً، فلا تعارض بينهما؛ لانتفاء التساوي من جهة الثبوت والدلالة، ومن ثم لا يرجح ما هو ظني على القطعي؛ وذلك لضعف الأول وقوة الثاني، كما لا يطلب الترجيح في القطعي؛ لأن الظن في مقابلة القطع منتف ومعدوم ^(٤).

المطلب الثالث شروط التعارض بين الأدلة

وضع الأصوليون بعض الشروط التي ينبغي تحققها حتى يقع التعارض بين الدليلين، وهي:

- (١) أصول البزدوي (ص ٢٠٠).
- (٢) أصول السرخسي (١٢/٢)، كشف الأسرار شرح المنار، للنسفي (٨٦-٨٧).
- (٣) الإبهاج في شرح المنهاج لابن السبكي (٢٧٣/٢).
- (٤) انظر: الإحكام للآمدي (٢٤١/٤)، مختصر ابن الحاجب (٣١٠/٢)، إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٨).

أولاً - المساواة بين الدليلين المتعارضين: ومعنى هذا الشرط أن يكون الدليلان المتعارضان على درجة واحدة من القوة؛ ولذا فلا تعارض بين دليل قوي وضعيف؛ لعدم المساواة بينهما، وهذا التساوي يتحقق من ثلاثة أوجه، هي: تساويهما في الثبوت؛ بأن يكون كل من المتعارضين قطعي الثبوت كالمتواتر، أو ظني الثبوت كالأحاد^(١) والثاني: تساويهما في الدلالة؛ وذلك بأن يكون كل من المتعارضين قطعي الدلالة كالنص، أو ظني الدلالة كالظاهر. وحينئذ لا تعارض بين النص والظاهر، وبين الخاص والعام^(٢) والثالث: تساويهما في العدد؛ كأن يكون كل منهما مساوياً للآخر من حيث العدد، وفي حال انتفاء التساوي بينهما فلا تعارض، كأن يكون أحد المتعارضين حديثاً والمعارض له أكثر من حديث. فذهب جمهور الأصوليين إلى مسلك الترجيح، وسموه الترجيح بكثرة الأدلة^(٣).

ثانياً - حجية الدليلين المتعارضين: بأن يكون كل من المتعارضين حجة، فلو كان أحدهما مقبولاً والآخر مردوداً، فلا تعارض حينئذ؛ وذلك لانتفاء الحجية في أحدهما^(٤).

ثالثاً - اتحاد زمان الحكمين: فلو اختلف زمانهما فلا تعارض؛ لأنه لا يجوز اجتماع حكمين متضادين في محل واحد في وقتين مختلفين^(٥).

رابعاً - اتحاد محل الحكمين عند تقابل الدليلين: فإذا اختلف محلها، بحيث صار لكل حكم محل، غير محل الآخر، فحينئذ لا تعارض بينهما^(٦).

(١) كشف الأسرار، للبخاري (١١٩/٣).

(٢) انظر: التلويح بشرح التوضيح، للتفتازاني (٢٠٧/٢)، التقرير والتحبير، لابن أمير الحاج (٣/٣).

(٣) انظر: البحر المحيط، للزركشي (١٣٨/٦)، حاشية البناني (٣٦٢/٢).

(٤) توجيه النظر في علم الأثر، للجزائري (ص ٢٣٥).

(٥) انظر: التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢٠٥/٢)، كشف الأسرار، للبخاري (١٢٠/٣)، إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٤).

(٦) انظر: المراجع السابقة.

خامساً - تضاد الحكمين: وذلك أن يكون الحكمان المثبتان بالدليلين المتعارضين متضادين؛ كالحل والحرمة، والإثبات والنفي، وفي حال انتفاء التضاد فلا تعارض^(١).

المبحث الثاني تعريف الترجيح وشروطه

المطلب الأول تعريف الترجيح لغةً واصطلاحاً

الترجيح لغة: مصدر الفعل الثلاثي المزيد بالتضعيف (ر ج ح)، يقال: رجح الشيء بيده: وزنه، ونظر ما ثقله، وأرجح الميزان؛ أي: أثقله حتى مال، وأرجحتُ لفلان ورجحت ترجيحاً: إذا أعطيته راجحاً...^(٢). ويقال: رجحت الشيء بالثقل: فضلته وقويته^(٣).

واصطلاحاً: تعددت عبارات الأصوليين في تعريفه^(٤)، ولعل التعريف المختار هو ما قدمه الكمال بن الهمام - رحمه الله - بأنه: "إظهار الزيادة لأحد المتماثلين على الآخر بما لا يستقل"^(٥). ومعنى هذا أن الترجيح فعل من عمل المجتهد، لا أنه وصف قائم في الدليل بذاته؛ لأن هذا يسمى راجحاً لا ترجيحاً، وبهذا يمكن تعريف الترجيح بأنه:

- (١) المراجع السابقة نفسها.
- (٢) انظر: المحيط في اللغة، للصاحب بن عباد (٤٠٣/٢)، المخصص، لابن سيده (٤٤٠/٣)، لسان العرب، لابن منظور (٤٤٥/٢٢)، المصباح المنير، للفيومي (ص ٢١٩)، مادة (ر ج ح).
- (٣) المصباح المنير، للفيومي (ص ٢١٩).
- (٤) انظر: كشف الأسرار للبخاري (١١٢/٤)، تيسير التحرير، لأmir بادشاه (١٥٣/٣)، المحصول، للرازي (٣٩٧/٥)، البحر المحيط، للزركشي (١٣٠/٦)، أصول الفقه، لابن مفلح الحنبلي (١٥٨١/٤)، التحبير، للمرداوي (٤١٤٠/٨).
- (٥) تيسير التحرير، لأmir بادشاه (١٥٣/٣).

"إظهار المجتهد، قوة أحد الحكمين المتعارضين على الآخر، بدليل صحيح ليعمل به".

المطلب الثاني شروط الترجيح

اشتراط الأصوليون بعض الشروط حتى يصح الترجيح بين الأدلة:

الشرط الأول: تساوي الدليلين المتعارضين في الثبوت والحجية، فلا يعتبر الترجيح صحيحاً بين الكتاب وخبر الواحد^(١)؛ لأنه: "لا يصح الترجيح بين أمرين إلا بعد تكامل كونهما طريقتين، لو انفرد كل واحد منهما - بمعنى بأمانة أو طريق - فإنه لا يصح ترجيح الطريق على ما ليس بطريق"^(٢).

الشرط الثاني: أن يكون الترجيح بين الأدلة، بخلاف الدعاوى^(٣)، فلا يدخلها الترجيح^(٤).

الشرط الثالث: عدم إمكان الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول، فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه، ولم يجز المصير إلى الترجيح^(٥).

قال الإمام الرازي - رحمه الله - : "إذا تعارض الدليلان، فالعمل بكل واحد منهما من وجه، أولى من العمل بأحدهما دون الثاني"^(٦).

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٤).

(٢) المحصول، للرازي (٣٩٧/٥).

(٣) مفردها دعوى، وهي الطلب والتمني في اللغة. وفي الاصطلاح: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفع الخصم عن حق نفسه. انظر المصباح المنير (٢٦٥/١) القاموس الفقهي، لسعدي أبي جيب (ص ١٣١)، دار الفكر - دمشق.

(٤) البحر المحيط، للزركشي (١٣١/٦).

(٥) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٩).

(٦) المحصول، للرازي (٤٠٦/٥).

قال الشوكاني - رحمه الله - : "وبه قال الفقهاء جميعاً" (١).

الشرط الرابع : أن يتفق الدليلان المتعارضان في الحكم، مع اتحاد الوقت والمحل والجهة، وعليه، فلا تعارض بين النهي عن البيع في وقت النداء، كما قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ (٢). وبين الإذن به في غير هذا الوقت؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين سئل: "أي الكسب أطيب؟ فقال - صلى الله عليه وسلم - : «عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور» (٣)؛ وذلك لاختلاف الحكم في كل منهما (٤).

الشرط الخامس: ألا يكون أحد الدليلين ناسخاً للآخر (٥). قال ابن قدامة - رحمه الله - : "فإن لم يمكن الجمع ولا معرفة النسخ، رجحنا فأخذنا بالأقوى" (٦).

المبحث الثالث

أقسام الأدلة الشرعية ومراتبها في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

أقسام الأدلة الشرعية

يقسم العلماء الأدلة الشرعية باعتبارات مختلفة، وهي:

أولاً - تقسيم الأدلة باعتبار الاتفاق على حجيتها:

يقسم العلماء الأدلة من حيث الاتفاق على حجيتها إلى:

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٩).

(٢) سورة الجمعة، آية ٩.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه من كتاب التجارات بمعناه (٧٢٣/٢).

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٤٥٤).

(٥) البرهان، لإمام الحرمين الجويني (١١٥٨/٢).

(٦) روضة الناظر، لابن قدامة (٤٥٧/٢).

أ - أدلة متفق عليها، وهي أربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، مع وجود نوع من الاختلاف في بعض المسائل ذات الصلة بها^(١).

ب - أدلة مختلف فيها، وهي كثيرة، منها: الاستصحاب، والمصالح المرسلة، وشرع من قبلنا، والعرف، والاستحسان، وإجماع أهل المدينة^(٢).

ثانياً - تقسيم الأدلة باعتبار مصدرها:

وهذا التقسيم مبني على الأصل الذي يُنسب إليه الدليل من حيث إنه منه يصدر وعليه يؤسس. وقد ذهب أكثر الأصوليين^(٣) إلى تقسيم الأدلة بناء على هذا الاعتبار إلى:

أ - أدلة سمعية أو نقلية أو شرعية، وهي: ما يكون طريقه النقل ولا دخل للمجتهد في تكوينها وإيجادها، وأن عمله قاصر على فهمها، وهي الكتاب، والسنة والإجماع.

ب - أدلة عقلية أو راجعة إلى الرأي، وهي: ما يكون للعقل أو المجتهد دخل أو عمل في تكوينه، وذلك مثل القياس.

ج - مركب منهما، وذلك مثل القياس^(٤).

(١) انظر: أصول الفقه للسرخسي ٢٧٩/١، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإنسوي ٢٩/١، دار ابن حزم - بيروت. ط ١ (١٤٢٠هـ)، شرح المنهاج للأصفهاني ٢٣٥/١، مكتبة الرشد - الرياض. ط ١ (١٤٢٠هـ)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، لبدان، ص ١٩٥، ١٩٦، أصول الفقه، للزحيلي ١٤٧/١.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) المحصول، للرازي، ٣٦-٣٧.

(٤) البحر المحيط، للزركشي ٣٧/١، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي ٢٨/١، الموافقات، للشاطبي ٤١/٣، الوجيز في أصول الفقه، لعبد الكريم زيدان، ص ١٤٩، مؤسسة الرسالة - بيروت. ط ٧ (١٤١٩ هـ)، أصول الفقه، للدكتور أحمد فراج حسين. ص ٣٠، الدار الجامعية (١٩٩١).

ثالثاً - تقسيم الأدلة باعتبار القطعية والثبوت:

تنقسم نصوص الكتاب والسنة من حيث ثبوتها ودالاتها على المطلوب إلى أربعة أقسام، هي:

١ - قطعي الثبوت قطعي الدلالة:

وهو مما لا يشك في ثبوته، ويتيقن ثبوته قطعاً، وكانت دلالاته على الحكم دلالة قطعية بأن لا يتحمل معنى غيره، وذلك كالقرآن الكريم، فهو كله قطعي الثبوت؛

ومن أمثلة هذا النوع في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾^(١).

فهذه الآيات قطعية الدلالة على المعنى المراد، ولا تقبل التأويل ولا الاجتهاد.

ومن أمثلته في السنة قوله - صلى الله عليه وسلم - : «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً»^(٢).

وكذلك السنة المتواترة أيضاً قطعية الثبوت؛ أي أننا نقطع بصحتها وثبوتها وصدورها عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، وقد أجمعت الأمة على ذلك.

(١) الآية رقم (١٢) من سورة النساء.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الإيمان وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : بني الإسلام على خمس (١/٦٤)، حديث (٨). ومسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان أركان الإسلام ودعائمه (١/٤٥)، حديث (١٦).

٢ - قطعي الثبوت ظني الدلالة :

ويراد بظني الدلالة : ما دل الدليل على الحكم مع احتمال غيره، بأن كان يدل على أكثر من معنى. وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَةُ يَتَرَبَّصُّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١).

إذ لفظ القروء يحتمل الحيض والطمهر بحسب الوضع اللغوي، وبكل قيل؛ بدلالة لفظ القروء إما على الحيض أو على الطهر، فهي دلالة ظنية وليست قطعية^(٢).

٣ - ظني الثبوت قطعي الدلالة :

وذلك مثل سنة الأحاد، فهي ليست قطعية الثبوت من حيث الجملة، إلا أن منها ما هو قطعي الدلالة، وذلك كقوله - صلى الله عليه وسلم - : «في خمس من الإبل شاة»^(٣)، فهو ظني الثبوت لكونه من أخبار الأحاد، غير أن لفظ «خمس» يدل دلالة قطعية على معناه، ولا يحتمل غيره^(٤).

٤ - ظني الثبوت ظني الدلالة :

وهو القسم الأكبر في الأحاديث المروية بطريق الأحاد، حيث اختلف أهل العلم في الكثير من هذه الأحاديث حول المراد منها، وذلك مثل قوله - صلى

(١) الآية رقم (٢٢٨) من سورة البقرة.

(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٥٦/١، المجموع شرح المذهب. للنووي (٢٧/١، ٢٨)، المغني لابن قدامة ٢٥٧/١، (١٤١٢ هـ). بدائع الصنائع. للكاساني ٤٥/١.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، (٢٢٥/٢)، حديث (١٥٦٨)، والترمذي في سننه: كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم، (١٧/٣)، حديث (٦٢١)، وابن ماجه في سننه: كتاب الزكاة، باب صدقة الإبل، (٥٧٣/١)، حديث (١٧٩٨)، والحاكم في المستدرک (٥٤٩/١)، حديث (١٤٤٣).

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد ٥٦/١، المجموع، للنووي ٧٧/١، المغني، لابن قدامة ٢٤٧/١، بدائع الصنائع، للكاساني ٤٥/١.

الله عليه وسلم - : «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»^(١)، فهو ظني الثبوت لكونه ليس متواتراً، وهو أيضاً ظني الدلالة؛ لأنه يحتمل التأويل، فيجوز أن يحمل على أن الصلاة لا تكون صحيحة إلا بها، ويحتمل أن المراد أنه لا صلاة كاملة إلا بها، ثم كان الاختلاف أيضاً في قراءة المأموم لها في الصلاة الجهرية والسرية^(٢) ... ونحو هذا كثير.

المطلب الثاني

ترتيب الأدلة عند الفقهاء والأصوليين

سبقت الإشارة إلى اتفاق جماهير العلماء على الاحتجاج بأدلة أربعة، وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس^(٣).

وقد اتفق العلماء - في الجملة - على وجوب مراعاة هذا الترتيب بين الأدلة؛ بحيث يكون النص القرآني هو المقدم على غيره، ثم نصوص السنة النبوية، ثم الإجماع، ثم القياس. والدليل على وجوب مراعاة هذا الترتيب ما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (النساء: ٥٩).

وجه الدلالة: أن هذه الآية تدل على وجوب طاعة الله أولاً باتباع كتابه، وطاعة رسوله - صلى الله عليه وسلم - ثانياً باتباع سنته، وطاعة أولي الأمر

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصلاة، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم (٢٧٦/٢٥)، حديث (٧٥٥). ومسلم في صحيحه: كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (٢٩٥/١)، حديث (٣٩٤).

(٢) انظر: فتح الباري، لابن حجر ٢/٢٤١، بداية المجتهد، لابن رشد ١/١٥٨، الهداية شرح البداية، للمرغيناني ١/٤٨، المغني، لابن قدامة ٢/١٥٦.

(٣) أصول السرخسي، ١/٢٩٠-٢١٩، وإحكام الفصول، للبايجي، ١/١٩٣، ٢/٥٣٤، والمستصفي، للغزالي، ١/١٥ و١٦، والتمهيد في أصول الفقه، لأبي الخطاب الكلوزاني ٦/١ و٢٤.

ثالثاً باتباع إجماعهم^(١)، وردّ المتنازع فيه إلى الكتاب والسنة وهو القياس رابعاً^(٢).

٢ - قوله - صلى الله عليه وسلم - : «تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنة نبيه»^(٣). وجه الدلالة من الحديث: أنه - صلى الله عليه وسلم - ذكر الكتاب مقترناً مع السنة مما يوحي بترتيبهما، وهذا باعتبار أنهما غير متساويين.

٣ - قوله - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «كيف تقضي؟ فقال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، قال: أجتهد رأيي. قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله»^(٤).

(١) الأحكام، لابن حزم، ١٣/١ و ٩٧.

(٢) الرسالة، للإمام الشافعي، ص ٨١.

(٣) أخرجَ الحاكم في المستدرک (١٧٢/١)، حديث رقم (٣١٩)، والبيهقي في سننه - كتاب آداب القاضي - باب ما يقضي به القاضي - (١١٤/١٠)، حديث رقم (٢٠١٢٤)، والدارقطني في سننه - كتاب الأقضية والأحكام - (٢٤٥/٤).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: (٢٣٠/٥، ٢٣٦، ٢٤٢). وأبو داود في سننه: كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، (١٨/٤)، حديث رقم (٣٥٩٢). والترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، (٦١٦/٣)، حديث رقم (١٣٢٧)، وقال: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل». والدارمي في سننه: كتاب العلم، باب الفتيا وما فيه من الشدة، (٦٤/٣)، حديث رقم (١٦٨). قال البخاري: «وفيه الحارث بن عمرو الثقفي ابن أخي المغيرة بن شعبة عن ناس من أهل حمص، وعنه أبو عون - يعني محمد بن عبيد الله الثقفي - لا يعرف، ولا يصح». التاريخ الكبير، للبخاري (٢٧٧/٢). وقد صحح هذا الحديث كثير من أهل العلم، منهم الخطيب البغدادي والذهبي والحافظ ابن حجر. ينظر: موافقة الخبر الخبر في تخریج أحاديث المختصر، للحافظ ابن حجر العسقلاني (١١٨/١). تلخيص العلل المتناهية، للذهبي (ص ٨٠). الفقيه والمتفقه، للحافظ الخطيب البغدادي، (١٨٩/١).

وجه الدلالة من الحديث: أنه يدل على إقرار النبي - صلى الله عليه وسلم - لقول معاذ في أنه سيتبع منهج ترتيب الأدلة في القضاء، بدءاً من البحث عن الكتاب ثم السنة ثم القيام بالاجتهاد.

٤ - عن شريح أن عمر كتب إليه «أن اقض بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فإن لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاقض بما قضى به الصالحون، فإن لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ولم يقض به الصالحون، فإن شئت فتقدم وإن شئت فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك»^(١).

٥ - عن عبدالرحمن بن يزيد، عن عبدالله بن مسعود: «إنه قد أتى علينا زمان ولسنا نقضي ولسنا هنالك، ثم إن الله - عز وجل - قدر علينا أن بلغنا ما ترون، فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه - صلى الله عليه وسلم -، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه - صلى الله عليه وسلم - فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه - صلى الله عليه وسلم - ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأي»^(٢).

٦ - ومن أقوال العلماء في هذا الترتيب:

أ - قال الشافعي: «ولا يقيس إلا من جمع الآلة التي له القياس بها، وهي العلم بأحكام كتاب الله وفرضه وأدبه وناسخه ومنسوخه وعامه وخاصة وإرشاده، ويستدل على ما احتمل التأويل منه بسنن رسول الله، فإذا لم يجد فبإجماع المسلمين، فإذا لم يكن إجماع فبالقياس»^(٣).

(١) أخرجه سعيد بن منصور في السنن (٤٣٤/١)، برقم (١٦٨٢)، والنسائي في المجتبى: كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم (٢٣١/٨)، برقم (٥٣٩٩)، والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه (٤٢١/١).

(٢) سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم: ٥٣٠٢، ٥٣٠٣، وسنن الدارمي، كتاب المقدمة، باب الفتيا وما فيه من الشدة: ١٦٥، ١٦٩.

(٣) الرسالة، للشافعي ص ٥٠٩-٥١٠.

ب - وقال الشاشي: «الواجب على المجتهد طلب حكم الحادثة من كتاب الله تعالى ثم من سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بصريح النص أو دلالته على ما ذكره، فإنه لا سبيل إلى العمل بالرأي مع إمكان العمل بالنص»^(١).

ج - وقال القاضي أبو يعلى: «من ذلك، الأمر والنهي لأنه وضع للإيجاب والإلزام وهو أبلغ منازل الخطاب... ثم الأخبار ثم بيان الأفعال ثم الإجماع ثم القياس والاجتهاد وما يتعلق بذلك من الاستخراج»^(٢).

د - وقال أبو المظفر السمعاني: «فإذا نزلت بالعالم نازلة وجب عليه طلبها في النصوص، والظواهر في منطوقها إلى مفهوم، ومن أفعال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وإقراره، وفي إجماع علماء الأمصار، فإن وجد في شيء من ذلك ما يدل عليه قضى به، وإذا لم يجده طلبه في الأصول والقياس عليها»^(٣).

ومن خلال هذا العرض يتضح اتفاق جمهور العلماء على وجوب مراعاة الترتيب بين هذه الأدلة الأربعة المتفق عليها من حيث الجملة؛ مما يعني أنه لا يجوز مثلاً القياس في وجود النص أو الإجماع.

كما يتضح أيضاً أن هذه الأدلة مقدمة على غيرها من الأدلة المختلف فيها، فلا يجوز - مثلاً - الاحتجاج برفع الحرج أو دليل المصلحة، أو مراعاة الأعراف والتقاليد - أو غيرها من الأدلة التي اعتمد عليها قانون الأحوال الشخصية الكويتي - مع وجود أي من هذه الأدلة الأربعة المتفق عليها.

(١) أصول الشاشي، ص ٢١٦.

(٢) العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى، الفراء (٢١٣/١).

(٣) قواطع الأدلة، للسمعاني، ٣٠٢/٢.

الفصل الثالث

أسس الاختيار من أقوال العلماء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مراعاة التيسير ورفع الحرج.

المبحث الثاني: مراعاة أعراف المجتمع وتقاليده.

المبحث الثالث: مراعاة المصلحة.

المبحث الرابع: مراعاة الحفاظ على كيان الأسرة.

المبحث الأول

مراعاة التيسير^(١) ورفع الحرج^(٢)

المسألة الأولى: صحة شهادة الكتابيين على زواج المسلم بالكتابية:

نصت المادة (١١-ب) على أنه تصح شهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية.

(١) التيسير لغة: مشتق من اليسر، وهو اللين والانقياد، واليسر: ضد العسر، واليسر: السهل. انظر: لسان العرب، لابن منظور (٥/٢٩٥)، مادة (يسر).

(٢) الحرج هو: كل ما أدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال، حالاً أو مآلاً. والمقصود برفع الحرج: إزالة ما يؤدي إلى هذه المشاق. ويتوجه الرفع والإزالة إلى حقوق الله تعالى؛ لأنها مبنية على المسامحة. انظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية: ضوابطه وتطبيقاته، رسالة دكتوراه غير منشورة، إعداد الباحث صالح بن عبد الله بن حميد، مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، بجامعة مكة المكرمة، (١٩٨٢م)، (ص٤٩).

واستدلت المذكرة التفسيرية على صحة ذلك بالتيسير ورفع الحرج، ولم تأخذ بالنص الشرعي الوارد في ذلك، وهو حديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»^(١).

كما قررت المذكرة التفسيرية أن هذا الرأي هو أحد الأقوال عند الحنابلة، في حين أن الإمام أحمد نص على أنه لا ينعقد النكاح إلا بشهادة مسلمين، وهو مذهب المالكية والشافعية أيضاً^(٢)؛ قال ابن قدامة في المغني «ولنا قوله - عليه السلام -: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»^(٣)؛ ولأنه نكاح مسلم، فلم ينعقد بشهادة زميمين، كنكاح المسلمين»^(٤).

وبذلك يظهر أن اختيار القانون الكويتي في هذه المسألة مصادم للنص الصريح عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، كما أنه مخالف لقول جمهور الفقهاء.

المسألة الثانية: نفقة تطبيب الزوجة وعلاجها:

قررت المادة (٧٥) أن تطبيب الزوجة وعلاجها من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته، وأخذت بمذهب الزيدية الذي ينص على أن ثمن الأدوية وأجرة

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٩٥/٦)، برقم (١٠٤٧٣)، والرويان في المسند (١٠٤/١)، برقم (٨٣)، والطبراني في المعجم الكبير (١٤٢/١٨)، برقم (٢٩٩) عن عمران بن الحصين. وابن الأعرابي في المعجم (٥٩٤/٢) عن ابن عمر، وابن حبان في صحيحه (٣٨٦/٩)، برقم (٤٠٧٥) عن عائشة. والطبراني في الأوسط (٣٦٣/٥)، برقم (٥٥٦٤) عن جابر بن عبد الله. وهو حديث صحيح كما صرح بذلك ابن حبان في صحيحه، وأقره ابن الملقن في البدر المنير (٤٧٤/٧).

(٢) الأم، للشافعي (٢٣/٥)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢٣/٣)، مواهب الجليل، للحطاب (٤٠٨/٣).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين - ١٢٦/٧ - حديث ١٣٥٠٥.

(٤) انظر المغني، لابن قدامة (٨/٧)، وانظر: مطالب أولي النهى، للرحبياني (٨٢/٥).

الطبيب من نفقة الزوجة وحقوقها؛ لأن المراد بهما دوام الحياة، واستدلت المذكرة التفسيرية بأن إيجاب هذا النوع من النفقة (أي التطبيب) هو من المعروف الذي تقابل به الزوجة نظير خدمتها ورعايتها لزوجها.

وهذا القول الذي قرره المذكرة التفسيرية مخالف لقول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قال العبادي الحنفي: "ولا يجب عليه الدواء للمرض ولا أجره الطبيب، ولا الفساد ولا الحجام" (١).

وقال المواق: "وأما أجره الطبيب والحجامة وما تتطبيب به من شراب وغيره، فعليها" (٢).

وقال النووي: «لا تستحق الزوجة الدواء للمرض، ولا أجره الطبيب والفساد والحجام والختان؛ لأن هذه الأمور لحفظ الأصل، فكانت عليها، كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكرة» (٣).

وقال ابن قدامة: «ولا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجره الطبيب؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزمه، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار، وحفظ أصولها، وكذلك أجره الحجام والفاصد» (٤).

وقد كان مقصد القانون الكويتي في الاختيار في هذه المسألة هو رفع الحرج المتمثل في عدم إنفاق الزوج على زوجته في مرضها، وهو ظرف يتطلب التضافر وتطبيب الخاطر، والمؤازرة النفسية والمادية التي من شأنها تقوية عرى الزوجية، وشد أواصر المودة بين الزوجين، وعلى العكس من ذلك يؤدي ترك

(١) الجوهرة النيرة، للحدادي (٢/ ٨٤).

(٢) التاج والإكليل، للمواق (٥/ ٥٤٥).

(٣) روضة الطالبين، للنووي ٩/ ٥٠.

(٤) المغني، لابن قدامة ١١/ ٣٥٤.

الإِنفاق على علاج الزوجة إلى أن يلحقها أضرار نفسية ومادية من جراء تخلي الزوج عنها في هذه الظروف الحرجة.

فتبين بهذا أن اختيار القانون الكويتي في هذه المسألة مخالف للمذاهب الأربعة، والتعليل لتلك المخالفة بأن الرأي الذي أخذ به القانون يعد من المعروف الذي تقابل به الزوجة نظير خدمتها ورعايتها لزوجها.

المسألة الثالثة: حق الزوج الأول في استئناف الطلقات إذا رجع إلى زوجته بعد طلاقها من آخر:

قررت المذكرة التفسيرية في تعليقها على المادة (١٠٨) أن الزواج الثاني يهدم جميع الطلقات في الزواج الأول، فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث طلقات جديدة إذا طلقها الزوج الثاني، وكانت قد بقي لها طلقات من الزوج الأول، واستدلت على ذلك بأنه أوضح وأيسر - وأوفى بالمصلحة، وأنه مذهب ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر من الصحابة، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف^(١)، وخالفت رأي جمهور الفقهاء كمالك والشافعي وأحمد، ومن الصحابة عمر وعلي وعمران بن الحصين وأبو هريرة.

كما أنه بالنظر إلى رأي الحنفية، نجد أن الراجح في المذهب الحنفي هو الرأي الموافق للجمهور، حيث وافق محمد بن الحسن رأي الجمهور، جاء في الموسوعة الفقهية:

«وقد اختلف الترجيح في المذهب الحنفي، فمنهم - بل أكثرهم - قالوا بترجيح قول محمد، كالكمال بن الهمام، بل إنه قال عنه: إنه الحق، وتبعه في ذلك صاحب النهر والبحر والشربنلالي وغيرهم، ومنهم من رجح قول الشيخين كالعلامة قاسم»^(٢).

(١) انظر: كشف الأسرار، للبخاري (٨٥/١)، التقرير والتحبير، لابن أمير الحاج (٢٢١/٢).

(٢) الموسوعة الفقهية ٥٠/٢٩.

وأما ما ادعته المذكرة الإيضاحية من أن هذا الرأي أوضح وأيسر وأوفى بالمصلحة، فهو قول غير مسلم، إذ إن استئناف الزوج للطلقات الثلاث مرة أخرى فيه تشجيع له وإغراء بفصم عرى الزوجية من خلال الطلقات الثلاث التي أصبح يملكها، وهو الذي لم يحافظ عليها قبل ذلك، مما يجعل من الزوجة والزواج لعبة في يده، أما لو عاد الزوج إلى زوجته، وهو يملك طلاقاً واحدة فسوف يتأنى ويطيل التفكير قبل أن يقدم على إيقاع طلاق يعرف أن زوجته قد تحرم عليه للأبد بسببها، ما لم تتزوج بزواج آخر، والله أعلم.

المسألة الرابعة: التحكيم بين الزوجين:

تناول القانون أحكام التحكيم بين الزوجين في المواد (١٢٧-١٣٢)، وتحديث المذكرة التفسيرية^(١) عن التفريق القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم، وأشارت إلى أن التطبيق العملي لنظام التحكيم أظهر عيوباً كثيرة، وأن القانون الكويتي - بما اختاره - عمل على تلافي هذه العيوب، كما بينت أنها قررت أحكامها أخذاً من أقوال العلماء والمذاهب الفقهية بما لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة، في حين أن الناظر في كتب الفقه المعتبرة يلحظ خلاف ذلك.

فالمذكرة التفسيرية أهملت العديد من الأحكام المتعلقة بمسألة التحكيم، منها:

١ - أنها اعتبرت الحكمين شاهدين يرفعان إلى القاضي ما توصلا إليه في حقيقة الخلاف بين الزوجين مشفوعاً برأيهما، في حين أن النص الشرعي - وهو قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾^(٢) - يدل على أنهما حاكمان يعلان ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وبغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما، وهو ما ذهب إليه علي وابن عباس، وأبو سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك

(١) المذكرة التفسيرية (ص ٢٤).

(٢) سورة النساء، الآية (٣٥).

والأوزاعي وإسحق وابن المنذر^(١)؛ استناداً إلى الآية، فالله سماهما حكيمين، ولم يعتبر رضا الزوجين، ثم قال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا﴾ فخاطب الحكمين بذلك^(٢). وقال ابن العربي في قوله تعالى: ﴿حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾، هذا نص من الله - سبحانه - في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله - سبحانه - كل واحد منهما فلا ينبغي لشاد- فكيف للعالم- أن يركب معنى أحدهما على الآخر؛ فذلك تلبيس وإفساد للأحكام^(٣).

وأما ما استدلت به المذكرة التفسيرية من كون الحكمين شاهدين بأنه قول ابن عباس، فالصحيح من قول ابن عباس أنهما حكمان لا شاهدان، وهذا ما رجحه ابن العربي^(٤).

وكما أن المذكرة التفسيرية لم تأخذ بكون الحكمين حاكمين قاضيين، لم تأخذ أيضاً بكونهما وكيلين، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ومذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي ذلك أيضاً عن أبي حنيفة.

فالملاحظ إذاً أن المذكرة التفسيرية قد اختارت الرأي القائل بكون الحكمين شاهدين، فترتب على ذلك سلب حق الحكم منهما، وحصر الحكم في القاضي، وهو خلاف النص. وقد روي عن علي وعثمان - رضي الله عنهما - ما يدل على كون الآية صريحة في أن الحكمين قاضيان وليسا بشاهدين، فقد روى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني، أن رجلاً وامرأة أتيا علياً، مع كل واحد منهما فتام^(٥) من الناس، فقال علي - رضي الله عنه -: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فبعثوا حكيمين، ثم قال علي للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟

(١) انظر: المغني (٧/٢٤٤).

(٢) انظر المغني، لابن قدامة ٢٦٤/١٠.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١/٤٢٤).

(٤) أحكام القرآن (١/٤٢٥).

(٥) فتاوى جماعة. انظر: لسان العرب (١٢/٤٤٨)، مادة (فأَم).

إن رأيتما أن تجمعما جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله عليّ ولي، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت؛ حتى ترضى بما رضيت به. قال ابن قدامة: وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك^(١).

ويروى أيضاً أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان - رضي الله عنه -، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس، وحكماً من أهلها معاوية رضي الله عنه، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شخصين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كان قد أغلقا عليهما أبوابهما، وأصلحا أمرهما^(٢). فدل ذلك على أن الصحابة - رضي الله عنهم - قد فهموا من تلك الآية أن الحكمين قاضيان، وليسوا وكيلين أو شاهدين، وهو خلاف ما أخذت به المذكرة التفسيرية.

٢ - يلاحظ أيضاً أن المذكرة التفسيرية اشترطت أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به، كما اشترط المالكية - ومعهم الشافعية في الأظهر والحنابلة في القول الثاني - في الحكمين الذكورة؛ لأن الحكمين هنا حاكمان، ولا يجوز جعل المرأة عندهم حاكماً، وهو ما لم تبينه المذكرة التفسيرية في شروط الحكمين^(٣).

والخلاصة أن ما قصدت إليه المذكرة التفسيرية من إصلاح العيوب التي ظهرت في نظام التحكيم من خلال التطبيق العملي، قد اضطرها إلى مخالفة النصوص الصريحة، والتلفيق بين آراء المذاهب بصورة فيها كثير من التشابك، وذلك بغية منها للتيسير ورفع الحرج.

(١) المغني، لابن قدامة (٢٤٣/٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف: كتاب الطلاق، باب الحكمين (٥١٢/٦)، برقم (١١٨٨٧)، والطبري في تفسيره (٦٩٦/٢).

(٣) انظر شروط الحكمين في: المنتقى، للباجي، (١١٣/٤)، المغني، لابن قدامة (٢٤٤-٢٤٣/٧).

كما أن التلقيق بين أقوال المذاهب لمجرد البحث عن الأخف والأيسر فيه نوع استهانة بالتكاليف الشرعية، ولهذا تضافرت أقوال العديد من علماء المذاهب في النهي عنه والتحذير منه:

قال سليمان التيمي: "إن أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشر كله" (١).

ونذكر ابن عبد البر إجماع العلماء على عدم حل تتبع الرخص (٢).

وقال الغزالي: "ليس لأحد أن يأخذ بمذهب المخالف بالتشهي، وليس للعامي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده، فيتوسع..." (٣).

وقال ابن القيم: "لا يجوز للمفتي تتبع الحيل المحرمة والمكروهة، ولا تتبع الرخص لمن أراد نفعه، فإن تتبع ذلك فسق، وحرم استفتاءؤه" (٤).

وقال الزركشي: "لو اختار من كل مذهب ما هو الأهون عليه، ففي تفسيقه وجهان: قال أبو إسحاق المروزي: يفسق، وقال ابن أبي هريرة: لا، حكاة الحناطي في فتاويه، وأطلق الإمام أحمد: لو أن رجلاً عمل بكل رخصة بقول أهل الكوفة في النبذ، وأهل المدينة في السماع، وأهل مكة في المتعة - كان فاسقاً... وفي "فتاوى النووي" الجزم بأنه لا يجوز تتبع الرخص" (٥).

وقال ابن النجار: "ويحرم عليه؛ أي: على العامي تتبع الرخص، وهو أنه كلما وجد رخصة في مذهب عمل بها، ولا يعمل بغيرها في ذلك المذهب، ويفسق به؛ أي: بتتبع الرخص؛ لأنه لا يقول بإباحة جميع الرخص أحد من

(١) انظر الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦ / ٣١٧)، وجامع بيان العلم وفضله، لابن عبد البر، (ص ٣٦٠).

(٢) انظر جامع بيان العلم وفضله، لابن عبد البر، (ص ٣٦٠).

(٣) المستصفى، للغزالي (٢ / ١٢٥).

(٤) إعلام الموقعين، لابن القيم (٤ / ١٧٠-١٧١).

(٥) البحر المحيط، للزركشي (٨ / ٣٨١-٣٨٢).

علماء المسلمين: فإن القائل بالرخصة في هذا المذهب لا يقول بالرخصة الأخرى التي في غيره" (١).

ورد الشاطبي على من يذهب إلى الأخذ بالأخف من أقوال العلماء، بأن السماح الوارد في الحنفية السمحة جاء مقيداً بما هو جار على أصولها، وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها (٢).

المسألة الخامسة: حكم قضاء ديون الله من تركة الميت:

قررت المادة (٢٩١) من القانون الكويتي والمذكرة التفسيرية في شرح المواد المتعلقة بديون الميت، أن الديون المتعلقة بذمة الميت والتي تقضى من تركته هي ديون العباد، أما الديون التي هي حق لله - تعالى - كالزكوات والكفارات فلا تؤدي من التركة، أخذاً بمذهب الحنفية (٣)، وخلافاً لمذهب الجمهور (٤) الذين يرون إخراج ديون الله من كل التركة، سواء أوصى بها المتوفى قبل وفاته، أم لم يوص.

فالمذكرة التفسيرية تقرر - إذاً - أنها خالفت مذهب الجمهور فيما اختارته من آراء في هذا القانون، كيف وقد استند الجمهور في رأيهم إلى نص شرعي وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث مسلم للمرأة التي سألتها: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم، أفأصوم عنها؟ قال: أرأيت لو كان على أمك دين ففرضته، أكان يؤدي ذلك عنها؟ قالت: نعم. قال: فصومي عن أمك" (٥).

(١) شرح الكوكب المنير، لابن النجار (ص ٦٢٧).

(٢) انظر الموافقات، للشاطبي (١٤٥/٤).

(٣) انظر: البدائع، للكاساني (٥٣-٥٦)، شرح فتح القدير، لابن الهمام (١٠/٤٧٠)، حاشية ابن عابدين (٧٦/٦).

(٤) انظر: المجموع، للنووي (٢٣٥/٥)، نهاية المحتاج، للرملي (٥/٦)، كشف القناع، للبهوتي (٣٥١-٣٥٢)، المغني، لابن قدامة (٥٠٩/٢)، المحلى، لابن حزم (٣٥٢/٩).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم، (٢/٦٩٠)، حديث رقم (١٨٥٢). ومسلم في صحيحه: كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، (٢/٨٠٤)، حديث رقم (١١٤٨).

وكذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - حين سألته المرأة الخثعمية فقالت: يا رسول الله، إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً، لا يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: "نعم"، وذلك في حجة الوداع^(١)..

فهذه الأحاديث وغيرها قد استدلت بها الجمهور على أن ديون الله لا تسقط بالموت، بل تتعلق بالتركة، فيخرج منها ما على الميت من ديون الله تعالى كالزكاة والكفارة والحج والنذر، قال النووي في شرحه على هذه الأحاديث: «وفيه دليل لمن يقول إذا مات وعليه دين لله تعالى ودين لأدمي وفاق ماله قدم دين الله تعالى لقوله - صلى الله عليه وسلم - : «فدين الله أحق بالقضاء»^(٢).

ولم تنص المذكرة التفسيرية على سبب اختيارها للمذهب الحنفي في هذه المسألة، وترك مذهب الجمهور المستند إلى النصوص الصريحة من السنة النبوية، اللهم إلا إذا كان المقنن يرى أن قضاء ديون الله قد يأتي على جزء كبير من تركة الميت، وحرمان الورثة منه؛ مما يوقعهم في المشقة والحرَج، ومن ثم يكون القانون قد وقع في مخالفة صريحة لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "فدين الله أحق أن يقضى"^(٣).

المسألة السادسة: مآل ميراث المرتد:

نصت المادة (٢٩٤) على أن "مال المرتد قبل الردة أو بعدها يكون لورثته المسلمين عند موته، فإن لم يكن له ورثة من المسلمين يكون ماله للخزانة العامة". وقررت المذكرة التفسيرية المتعلقة بميراث المرتد أن المرتد إذا مات فإن ماله يكون لورثته من المسلمين، أخذاً بمذهب أبي يوسف ومحمد بن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله (٥٥١/٢)، برقم (١٤٤٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الحج، باب الحج عن العاجز، (٩٧٣/٢)، برقم (١٣٣٤).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (٢٦/٨).

(٣) سبق تخريجه.

الحسن^(١)، وخالفت بذلك رأي جمهور الفقهاء -وهم مالك والشافعي وأحمد- الذين قالوا بأن جميع ماله يكون فيئاً لبيت المال، سواء ما اكتسبه قبل الردة أو بعدها، وهو قول ابن عباس، وربيعه وابن أبي ليلى وأبي ثور وابن المنذر^(٢)، وهو موافق للنص الشرعي، وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث المتفق عليه: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»^(٣).

ولحديث عبد الله بن عمرو عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتوارث أهل ملتين شتى»^(٤)، قال ابن قدامة بعد استدلاله بالأحاديث السابقة: «ولأنه كافر، فلا يرث المسلم، كالكافر الأصلي، ولأن ماله مال مرتد، فأشبهه الذي كسبه في رده، ولا يمكن جعله لأهل دينه؛ لأنه لا يرثهم فلا يرثونه، كغيرهم من أهل الأديان، ولأنه يخالفهم في حكمهم، فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، ولا تؤكل له ذبيحة، ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذمي، فإن قيل إذا جعلتموه فيئاً فقد ورثتموه للمسلمين، قلنا: لا يأخونه ميراثاً، بل يأخونه فيئاً، كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثاً، وكالعشور»^(٥).

- (١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١٢٣/٢)، المبسوط، للسرخسي (١٠٠/١٠)، حاشية ابن عابدين (٢٤٨/٤).
- (٢) انظر: شرح منح الجليل، لعليش (٤٦٦/٤)، شرح الخرشي (٦٦/٨)، الأم، للشافعي (٣٣٠/٧)، المغني، لابن قدامة (٣٤٦/٦)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٥٠٣/٢)، المحلى، لابن حزم (٣٧١/٩).
- (٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم (٢٤٨٤/٦)، حديث رقم (٦٣٨٣)، ومسلم في صحيحه: كتاب الفرائض، بلا باب (١٢٣٣/٣)، حديث رقم (١٦١٤).
- (٤) أخرجه أبو داود في السنن: كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر (١٢٥/٣)، حديث رقم (٢٩١١)، والإمام أحمد في المسند - ط. الرسالة (٢٤٥/١١)، حديث رقم (٦٦٦٤)، وهو حديث حسن لغيره، كما أفاد محققو المسند.
- (٥) انظر: المغني، لابن قدامة (٢٥٠/٦).

ولم تشر المذكرة التفسيرية إلى سبب أخذها بقول صاحبين وترك مذهب الجمهور، اللهم إلا إذا كان تماشياً منها مع المنهج العام الذي اختطته لنفسها وهو التخير من أقوال الفقهاء، وعدم التقيد بمذهب معين تماشياً مع منهجها في التيسير ورفع الحرج، وهو أمر - لو صح - فإنه لا يصح في مسألتنا هذه، لوجود النص الصحيح الصريح في منع التوارث بين المسلم والكافر.

المسألة السابعة: حكم اللعان:

تناول القانون الكويتي حكم اللعان في المواد (١٧٦-١٨٠)، وقررت المذكرة التفسيرية في شرحها لهذه المواد أنها أخذت بمذهب المالكية ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة فيما يتعلق بشروط اللعان، ورأى أن في شروط المالكية ومن وافقهم وفقاً للأصرار والأغلال التي جاء بها تشدد الحنفية في شروط اللعان، ولذلك فإن القانون عدل عن رأي الحنفية، فقرر أن اللعان يجوز في سائر الأحوال التي يثبت فيها النسب بغير ادعاء نتيجة لفراش في زواج صحيح أو دخول في زواج فاسد أو بشبهة، ولو كانت المرأة غير مسلمة أو غير عفيفة، أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس واكتفت بكونه مكلفاً.

لكن وبالنظر إلى بقية الأحكام المتعلقة باللعان وآثاره، نجد أن القانون الذي عدل عن مذهب الحنفية لشدته قد عاد مرة أخرى، وأخذ به تاركاً مذهب المالكية الذي كان يرى فيه التيسير والسعة، وذلك في الأحوال التالية:

أولاً: قررت المادة (١٧٧) أنه يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة، أو العلم بها، وبينت المذكرة التفسيرية لهذه المادة أنها اختارت أن يتم نفي نسب الولد خلال سبعة أيام بعد وقت الولادة أو العلم بها، في حين أن إجراءات دعوى اللعان تتخذ خلال خمسة عشر يوماً، وأن هذا الرأي هو رأي الإمام أبي حنيفة فيما رواه عنه الحسن بن صالح^(١)، في حين أن رأي المالكية والشافعية والحنابلة هو اشتراط العقوبة في نفي النسب،

(١) المبسوط، للسرخسي (٥٢/٧).

جاء في الموسوعة الفقهية: "وذهب المالكية والشافعية - في الجديد - والحنابلة إلى أن التعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزوج، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة، فسكت عن نفيه بعد علمه، ثم أراد أن ينفيه باللعان بأنه لا يمكن منه، ويحد حد القذف، سواء طال زمن سكوته كالشهر، أو قصر كالיום واليومين، إلا أن يكون سكوته لعذر"^(١).

ثانياً: قررت المادة (١٧٩) أنه في حال اعتراف الزوج بما يفيد كذبه في الاتهام ونفي النسب لزمه نسب الولد، ولو بعد الحكم بنفيه، وجاز له أن يتزوج المرأة، وتثبت المذكرة التفسيرية أن هذا الرأي هو رأي الحنفية وأن فيه توسعة على الزوجين.

فالقانون إذاً يقر بعدوله عن رأي المالكية ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة إلى رأي الحنفية في هذه الجزئية، وذلك بحجة التوسعة، على الرغم من إقراره في مواد أخرى بأن مذهب الحنفية فيه ما فيه من التشدد. جاء في الموسوعة الفقهية: «مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الفرقة باللعان فسخ وهي توجب التحريم المؤبد كحرمة الرضاع، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعد اللعان أبداً ولو أكذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته المرأة في قذفه وذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - في المتلاعنين: «لا يجتمعان أبداً» ولما روى سهل بن سعد - رضي الله عنه - قال: «مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً»^(٢)»^(٣).

المسألة الثامنة: بعض أحكام الحضانة:

تناول القانون الكويتي أحكام الحضانة في المواد (١٨٩-١٩٩)؛ حيث يلاحظ أن أغلبها قد صيغ وفق مذهب المالكية؛ مما يعني أن المشرع القانوني

(١) الموسوعة الفقهية ٢٦٢/٣٥.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٧٦/٣)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٤١٠/٧)، برقم (١٥١٣٥).

(٣) الموسوعة الفقهية ٢٦/٣٥.

قد ارتضى فروع وقواعد المذهب المالكي المتعلقة بأحكام الحضانة؛ لما رأى فيها من مصالح تتوافق مع نظرة المشرع ومقاصده في هذا القانون.

ولكن يلاحظ أيضاً أن المشرع في مذكرته التفسيرية قد عدل عن مذهب المالكية الذي ارتضاه أساساً للمواد القانونية المتعلقة بالحضانة في بعض الجزئيات وأخذ بفروع المذاهب الفقهية الأخرى، مع أن المنهج العلمي يقتضي أن يسير وفق فروع مذهب واحد منسق في فروعه وقواعده، بل المستغرب أنه برر لجوءه إلى متن الفروع المخالفة لمذهب المالكية بأنها رأي الجمهور ومذهبهم وهو ما لم يحكمه أو ينتهجه عند صياغته لتلك المواد.

ويمكن أن نلاحظ بكل وضوح تلك الجزئيات التي عدل فيها المشرع عن مذهب المالكية، وهي:

١ - ما يتعلق بالحاضنة غير المسلمة؛ حيث قرر القانون في مادته (١٩٢) أن للحاضنة غير المسلمة حق حضانة الولد المسلم؛ حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يآلف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان، وأنه لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ المحضون سن السابعة من عمره، ويلاحظ أن مصدر هذه المادة هو فقه الحنفية الذين يجوزون نزع الطفل المحضون من حاضنته إذا خشي عليه من أن يآلف الكفر، في حين أن رأي المالكية والمشهور عندهم هو أنه لا ينزع وإنما تظم الحاضنة إلى جيران مسلمين. جاء في الموسوعة الفقهية^(١): «أما غير المسلمة - كتابية كانت أو مجوسية - فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، قال الحنفية: ما لم يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يآلف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين، لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها، وإنما تظم الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها». كما لا تغفل هنا أن بعض فقهاء المالكية قد اشترطوا في الحاضنة أن تكون مسلمة؛ إذ لا ولاية للكافر على المسلم وللخشية على المحضون من الفتنة^(٢).

(١) ٣٠٥/١٧.

(٢) انظر الموسوعة الفقهية ٣٠٥/١٧.

٢ - ما يتعلق بحق الحضانة وإسقاطه، حيث قررت المادة (١٩٣) أن حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط، وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها؛ بمعنى أن الموانع التي تسقط حضانة الحاضنة لا أثر لها في رجوع حق الحضانة لها إذا زالت تلك الموانع سواء أكانت موانع اضطرارية كمرض الحاضنة أو سفرها للحج أو كانت اختيارية كزواجها برجل أجنبي ثم طلاقها بعد الدخول بها، ففي كل تلك الأحوال الاضطرارية والاختيارية يعود حق الحضانة للحاضنة، وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو الرأي الذي أخذ به القانون وعدل به عن مذهب المالكية الذي فرق بين الموانع، فأعاد حق الحضانة إلى الحاضنة إذا كان المانع اضطرارياً ومنعه إذا كان المانع اختيارياً. جاء في الموسوعة الفقهية: "أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري"^(١). وجاء فيها أيضاً: "وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن وهو المشهور في المذهب"^(٢).

فالقانون - إذاً - عدل عن مذهب المالكية الذي صيغت أغلب المواد المتعلقة بالحضانة منه وأخذ بمذهب الجمهور الذي عدل عنه القانون في مواد أخرى متعلقة بالحضانة ومنها - على سبيل المثال - ما مر معنا من شرط الإسلام في الحاضنة.

٣ - ما يتعلق بأجرة الحاضنة؛ حيث قرر القانون في مادته (١٩٩) حق الحاضنة في الأجرة على حضانتها ما لم تكن أمّاً والزوجية قائمة بينها وبين أب المحضون أو كانت معتدة له من طلاق رجعي أو بائن منعاً من شبهة الجمع بين نفقتين، وما عدا ذلك فلها أجرة الحضانة، سواء أكانت أمّاً أو غير أم، وهو مذهب الحنفية، وعدل القانون عن مذهب المالكية الذي لا يقر حق الحاضنة

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١٣/٥.

(٢) المرجع السابق ٣١٤/٥.

في أجرة الحضانة، بل ينفق عليها من مال المحضون. جاء في الموسوعة في الفقهية: «وذهب المالكية إلى أنه لا أجرة على الحضانة وهو قول مالك الذي رجع إليه، وبه أخذ ابن القاسم، وقال مالك أولاً: ينفق على الحضانة من مال المحضون، قال في المنح: والخلاف إذا كانت الحضانة غنية، أما إذا كانت فقيرة فينفق عليها من مال المحضون لعسرها لا للحضانة»^(١).

المسألة التاسعة: نفقة الأقارب:

تناول قانون الأحوال الشخصية الكويتي أحكام النفقة على الأقارب في المادتين (٢٠٠-٢٠١)؛ حيث بينت هاتان المادتان أن النفقة تجب على الأصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم من غير تقييد بدرجة، وأن وجوب نفقة الفرع على الأصل لا يشترط فيها عجز الأصل عن الكسب، وأن مرجع هاتين المادتين مذهب الشافعية كما بينت ذلك المذكرة التفسيرية، إلا أن المستغرب أن القانون في المادة (٢٠١) قرر أن النفقة تجب على الأولاد عند تعددهم بحسب يسارهم، وقد بينت المذكرة التفسيرية أنها أخذت بهذا الرأي من مذهب الحنفية؛ أي أن المذكرة التفسيرية وقانونها في هذه المادة قد عدلت عن مذهب الشافعية في جزئية من تجب عليه النفقة من الأولاد عند تعددهم وأخذت بمذهب الحنفية فصيغت المادة في جزء منها من مذهب الشافعية وصيغ الجزء الآخر منها من مذهب الحنفية. جاء في الموسوعة الفقهية في بيان مذهب الشافعية عند تعدد الفروع الواجب عليها نفقة الأصل: «وعند الشافعية أن من استوى فرعاه في قرب وإرث أو عدمهما، أنفقا عليه، وإن اختلفا في الذكورة وعدمها كابنين أو ابنتين أو ابن وبنات، وإن تفاوتتا في قدر اليسار أو أيسر أحدهما بالمال والآخر بالكسب؛ لأن علة إيجاب النفقة تشملهما، فإن غاب أحدهما أخذ قسطه من ماله، فإن لم يكن له مال، اقترض عليه الحاكم إن أمكن، وإلا أمر الحاكم الحاضر بالإففاق بقصد الرجوع على الغائب أو ماله إذا وجده، وإن اختلفا في القرب فالأصح

(١) الموسوعة الفقهية ٣١٢/١٧.

أن أقربهما تجب النفقة عليه، وارثاً كان أو غيره، ذكراً كان أو أنثى؛ لأن الأقرب أولى بالاعتبار، فإن استوى قربهما فبالإرث تعتبر النفقة في الأصح لقوته»^(١).

فمذهب الشافعية - إذاً - أن العلة هي القرب والإرث وليس اليسار كما هو عند الحنفية وذلك عند تعدد الفروع إذا وجب عليهم نفقة الأصل فأخذ القانون بمذهب الحنفية في هذه الجزئية وعدل عن مذهب الشافعية الذي أخذ برأيه في وجوب النفقة على الفروع لأصولهم وعلى الأصول لفروعهم.

المبحث الثاني مراعاة أعراف^(٢) المجتمع وتقاليده

المسألة الأولى: حكم الولاية في النكاح:

تناولت المادتان (٢٩، ٣٠) حكم الولاية في النكاح، وكان من أحكامها تقسيم أحوال المرأة والولاية عليها في عقد النكاح إلى ما يلي:

(١) المرجع السابق ٤١/٧٧.

(٢) العرف لغة: المعروف، سمي بذلك؛ لأن النفوس تسكن إليه (ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "عرف" ٤/٢٨١، ولسان العرب مادة "عرف" ٩/٢٣٩). واصطلاحاً: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل". (المدخل الفقهي العام ١/١٣١، وينظر: التعريفات للجرجاني ص ١٩٤، وأصول الفقه وابن تيمية ٢/٥١١، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص ٣١-٣٦).

والعرف لا يعتبر، ولا يكون صحيحاً يجب بناء الأحكام عليه إلا إذا توافرت فيه شرائط اعتباره، وهي على النحو التالي: ١- أن يكون العرف مطرداً أو غالباً ٢ - أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها. ٣- أن لا يخالف العرف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة. ٤- أن لا يعارض العرف تصريحاً بخلافه. (ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٨، ١٣٣، وغمز عيون البصائر بهامش الأشباه والنظائر ١/١٢٦، ١٢٧، وشرح تنقيح الفصول ص ١٦٥، ١٦٦، وقواعد الأحكام ٢/١٨٦، والمنثور ٢/٣٥٧-٣٥٨، ٣٦١، ٣٦٤، ٣٩٤، والأشباه والنظائر، للسيوطي ص ٦٢، ٩٦، والقواعد في الفقه الإسلامي ص ٢٩٥، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص ٨٩-١٠٤).

الأولى: بكر بين البلوغ والخامسة والعشرين، وهذه يجب لزواجها التقاء رأي الولي والمرأة في العقد.

الثانية: ثيب أو امرأة بلغت الخامسة والعشرين فما فوق، فالرأي لها، فلا تباشر العقد بنفسها، لكن يباشره وليها.

الثالثة: ثيب ترغب في العودة لزوجها الأول، فتطلب من القاضي أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، فذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه.

وبالنظر إلى هذا التقسيم نلاحظ أن المذكرة التفسيرية قد راعت في هذا الاختيار منهجيتها في مراعاة الأعراف والتقاليد، لكنها لجأت بسبب الالتزام بهذه المنهجية إلى التلفيق بين آراء المذاهب، وكونت من هذا التلفيق أحكاماً شرعية تتناسب مع كل حالة من الحالات السابقة المذكورة بحسب رأيها، فوقعت في مخالفة المنهجية العلمية المعتمدة على الأخذ بمذهب واحد قررت فروعه الفقهية من قواعد متسقة، وأدلة معتمدة.

فأخذت من مذهب الحنفية قولهم إنه لا بد من اعتبار رضا البكر البالغة، وأنه لا يملك أحد إجبارها على الزواج^(١)، ثم خالفت رأي الحنفية القائل بجواز أن تتولى المرأة عقد زواجها بنفسها بكراً كانت أو ثيباً؛ فمنعت المرأة من تولي هذا العقد مطلقاً بكراً كانت أو ثيباً دون الخامسة والعشرين أو فوقها، وذلك لمراعاة الأعراف والتقاليد، وحفاظاً على مكانة الولي، كما رأت المذكرة التفسيرية.

جاء في البداية للمرغيناني الحنفي^(٢): "وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي، بكراً كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية..".

(١) انظر: المبسوط، للسرخسي (٤/٥)، وبدائع الصنائع، للكاساني (٢/٥٠٤)، وشرح

فتح القدير، لابن الهمام (٣/١٧٠)

(٢) ١٩١/١.

وجاء في المغني لابن قدامة^(١): «النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت، لم يصح النكاح».

والمستغرب أن القانون قد سلب حق الأولياء في مباشرة عقد النكاح في حالة مستثناة، وهي عند رغبة المطلقة في الرجوع إلى زوجها، فقرر للزوجة أن تطلب من القاضي أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها الأول، وأن حق الأولياء هو في سماع رأيهم فقط، فسلب منهم الحق الذي قرره في حالتي الثيب والبكر، والتي استند فيها على الأعراف وحفظ حقوق الأولياء ومكانتهم، فوقع في تناقض واضح!

كما يلاحظ أيضاً أن القانون في مواده ومذكرته التفسيرية قد فرق بين من يؤخذ رأيها منفردة أو مجتمعة مع الولي، وذلك دون مستند أو دليل، فأوجب اجتماع رأي المرأة مع وليها إن كانت بكرةً بين البلوغ وسن الخامسة والعشرين، وأوجب أخذ رأيها منفردة إن كانت ثيباً أو فوق الخامسة والعشرين، على الرغم من أن المذاهب الفقهية لها تقسيمات في هذا الأمر، جاء في المغني لابن قدامة: «وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة، أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم إن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها.. وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان، إحداها له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذننها كالصغيرة وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق". ثم قال: «وليس هذا لغير الأب؛ يعني ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي. ثم بين حكم الثيب وأنها تنقسم قسمين كبيرة وصغيرة،

فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم، وأما الثيب الصغيرة فقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها وهو قول مالك وأبي حنيفة ووجه عند الحنابلة؛ لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالבكر والغلام^(١).

وجاء في فتح القدير^(٢): «وقوله: ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح، معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أهو الصغر أو البكارة؟ فعندنا الصغر...» ثم قال بعد ذلك لمن تزوج الثيب الصغيرة قبل البلوغ: «وعندنا له تزويجها لوجود الصغر».

ويمكن تلخيص ما سبق بما يلي:

- ١ - أخذ القانون برأي الحنفية بوجوب استثمار الزوجة ورضاها، ولم يأخذ برأيهم في جواز مباشرتها لعقد نكاحها بنفسها.
- ٢ - أضاف القانون إلى رأي الحنفية السابق وجوب أخذ رأي الولي وتوافق رأيه مع رأيها إذا كانت الزوجة بكرة بين البلوغ والخامسة والعشرين، وهو خلاف رأي الحنفية.
- ٣ - قرر القانون للثيب البالغة والكبيرة فوق الخامسة والعشرين حق الانفراد برأيها دون الولي، أخذاً بمذهب الحنفية ومن وافقهم، لكنه منعها من مباشرة العقد بنفسها، وهو خلاف ما قرره الحنفية.
- ٤ - ألغى القانون حق الولي في منعه لموليته من الرجوع لزوجها السابق وأجاز لها رفع أمرها للقاضي ليباشر عقد زواجها وهو خلاف ما قرره في الحالات السابقة من منع الزوجة من مباشرة عقد زواجها حفظاً لحقوق الأولياء ومكانتهم ومراعاة للعرف العام.

(١) المغني، لابن قدامة ٣٩٨/٩-٤٠٧.

(٢) ١٦١/٣.

المسألة الثانية: أثر الزنى في حكم المصاهرة:

قررت المادة (١٥) أنه يحرم على الشخص فرعه من الزنى وإن نزل كما هو مذهب الحنفية والحنابلة^(١)، ولا يحرم سواه بسبب الزنى، وشرحت المذكرة التفسيرية رأيها بالقول: إن المعتمد عند المالكية والشافعية هو القول بأن حرمة المصاهرة لا تثبت بالزنى، وأن القول بالحرمة بسبب الزنى -وهو رأي الحنفية والحنابلة- فيه ما فيه من الحرج، فأخذت المذكرة برأي المالكية والشافعية، فلم تثبت حرمة المصاهرة بسبب الزنى، لكنها اعترضت على ما جاء في المذهبين: الشافعي والمالكي بحل الزواج بالفرع من الزنى، فعدلت عنه، وأخذت برأي الحنفية القائل أصلاً بحرمة المصاهرة بسبب الزنى في جميع صورته ودواعيه، ومنها اللبس، فقررت المادة عدم حرمة المصاهرة بسبب الزنى، واستبعدت رأي الحنفية، ثم عادت إلى فرع من فروع المسألة، وأخذت فيه برأيهم وعدلت عن رأي المالكية والشافعية. جاء في المغني: «ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنى وأخته وبنت ابنه وبنت بنته، وبنت أخيه وأخته من الزنى، وهو قول عامة الفقهاء، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه: يجوز ذلك كله». وجاء في مواهب الجليل^(٢): «اختلف الفقهاء في نكاح الرجل ابنته أو أخته أو ابنة ابنه من الزنى فحرم ذلك قوم، منهم ابن القاسم، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وأجازته ذلك آخرون، منهم عبد الملك بن الماجشون وهو قول الشافعي»، وجاء في نهاية المحتاج: «لا المَرْئِيَّ بها فلا يثبت لها ولا لأحد من أصولها وفروعها حرمة مصاهرة بالزنى الحقيقي».

وقد بينت المذكرة الإيضاحية أن سبب عدولها عن مذهب الشافعي أنه يؤدي إلى أن يتزوج الرجل بابنته، وفيه من البشاعة ما فيه، وهي تقصد البشاعة المنافية لأعراف المجتمع الكويتي وتقاليده.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٨/٣)، والمغني، لابن قدامة (٩٢/٧).

(٢) ١٠٩/٥.

المسألة الثالثة: صفات الشهود في النكاح:

قررت المادة (١١) أنه يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين، سامعين معاً كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه. واستندت المذكرة التفسيرية لهذه المادة على رأي جمهور الفقهاء، وخصوصاً رأي الحنفية بزعم أن أحكامهم في أمر الشهادة تتسم بالتيسير ورفع الحرج، لكنها - أي المذكرة التفسيرية - عدلت عن رأي الحنفية في جواز أن يكون الشهود رجلاً وامرأتين، وأخذت بدلاً من ذلك برأي المالكية، على الرغم من أنها استبعدت رأي المالكية بشأن عدم وجوب الإشهاد على عقد الزواج؛ حيث إن المالكية لا يشترطون لصحة هذا العقد حضور الشهود، جاء في المنتقى^(١): «ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الإشهاد بعد ذلك»، فلم تأخذ المذكرة التفسيرية برأي المالكية لكنها عند ذكرها لصفات الشاهدين لم تأخذ برأي الحنفية، وإنما أخذت برأي المالكية في اشتراط صفة الذكورة في الشاهدين، جاء في المبسوط^(٢): «وعلى هذا الأصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا».

وجاء في المغني^(٣): «ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والأوزاعي والشافعي».

وجاء في المنتقى^(٤): «لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين».

والذي يبدو لنا أن الذي دفع المقنن الكويتي إلى هذا التلفيق، وعدم الأخذ بقول الحنفية في جواز أن يكون شهود النكاح رجلاً وامرأتين، هو مراعاة العرف، وعادات الناس في المجتمع الكويتي المحافظ، الذي يتبرم من الاختلاط،

(١) ٣١٢/٣.

(٢) ٣٢/٥.

(٣) ٣٤٩/٩.

(٤) ٣١٣/٣.

ولا يسمح بحضور المرأة مجالس الرجال إلا في أضيق الأحوال وأشدّها اضطراراً.

المسألة الرابعة: حكم استعمال الزوج جهاز الزوجة:

نصت المادة (٧٢) على أنه "لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئاً منه كان ملكاً لها. وللزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز، ما دامت الزوجية قائمة، ولا يكون مسؤولاً عنه إلا في حالة التعدي".

وقد قررت المذكرة التفسيرية في شرح هذه المادة أن الزوج هو الملزم تجهيز منزل الزوجية، وهو رأي الحنفية ومن وافقهم من جمهور العلماء من الشافعية والحنابلة^(١).

فعلى الرأي الذي أخذت به المذكرة التفسيرية - وهو رأي الجمهور - يجب على الزوج أن يستأذن منها إذا هي أحضرت الجهاز، ولكن المذكرة التفسيرية لم ترتض ذلك، وأخذت في هذه الجزئية فقط بمذهب المالكية، الذين يرون أن الزوجة إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به للزوج، وعلى ذلك فإن الزوج يستعمل هذا الجهاز دون استئذان، جاء في بلغة السالك: «وحاصل النفقة أن الزوجة الرشيدة التي لها قبض صداقها إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو، حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار، لزمها ذلك أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو إرث»^(٢).

ويفهم من ذلك أن للزوج الحق باستعمال المتاع والجهاز الذي في بيته دون حاجة إلى استئذان الزوجة، ما دام أنه من الصداق المقبوض، فصيغت مواد

(١) انظر: البحر الرائق (١٩٣/٤)، حاشية ابن عابدين (٦٥٢/٢)، مواهب الجليل (١٨٦/٤)،

شرح الزرقاني على الموطأ (٣٣/٤)، حاشية الدسوقي (٣٢١/٢).

(٢) ٣٩١/١.

القانون من جزء من مذهب الجمهور القائل بوجوب التجهيز على الزوج، وبجزئية من مذهب المالكية، وهو القول بحق الزوج بالاستمتاع بمتاع البيت وجهازه، على الرغم من قولهم بأن التجهيز واجب على المرأة، وهو يخالف رأي الجمهور.

والذي يبدو لنا أن ما دفع القانون الكويتي إلى هذا التلقيق بين رأي الجمهور ورأي المالكية، هو تصويره أن استعمال الزوج جهاز زوجته هو مما تجري به عادات الناس وتقاليدهم في بعض المجتمعات العربية والإسلامية، وأن هذا مما يتسامح فيه الزوجان غالباً، مادامت العشرة قائمة بينهما.

المبحث الثالث مراعاة المصلحة^(١)

بنى قانون الأحوال الشخصية العديد من الآراء التي ضمنها مواده، على أساس المصلحة، التي تتمثل في مصلحة الأسرة أو المجتمع أو طرفي العقد، ويستفاد دافع المصلحة في هذه المواد من نصوص المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية التي صرحت في كثير من المواضع أن أساس اختيار هذه الآراء تم بناء على مراعاة المصلحة.

ومن ذلك:

١ - وجوب إجراء الزوجين الفحص الطبي قبل الزواج^(٢).

٢ - وجوب توثيق عقد الزواج^(٣).

(١) المصلحة: هي التي لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار أو الإلغاء. وقد أخذ بها المالكية عند انعدام النص، واعتبروها أصلاً مستقلاً بنفسه، بشرط أن يكون في الأخذ بها دفع للخرج، وأن تكون من جنس المصالح الحقيقية المعتبرة شرعاً. انظر: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي (١/٢٩٣)، الإمام مالك، للشيخ محمد أبو زهرة (ص٣٣٦).

(٢) انظر: القانون رقم (٢٠٠٨/٣١) بشأن الفحص الطبي، ومذكرته الإيضاحية.

(٣) انظر المادة رقم (١/٩٢)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٩٨).

- ٣ - اشتراط الرضعات الخمس المشبعات في التحريم بالرضاع^(١).
- ٤ - عدم جواز تزوج المرأة التي أفسدها على زوجها^(٢).
- ٥ - عدم صحة زواج غير العاقل^(٣).
- ٦ - اشتراط اجتماع رأي الولي والمولى عليها التي لم تبلغ الخامسة والعشرين من عمرها^(٤).
- ٧ - ثبوت حق الفسخ لأولياء المرأة التي تزوجت بغير كفاء^(٥).
- ٨ - جعل الرضا بالتفاوت في السن بين الزوجين حقاً للزوجة وحدها^(٦).
- ٩ - وجوب الوفاء بالشروط التي لا تنافي أصل عقد الزواج ولا مقتضاه ولا يكون شرطاً محرماً^(٧).
- ١٠ - سقوط جميع مهر الزوجة التي قتلت زوجها^(٨).
- ١١ - اعتبار خروج المرأة إلى العمل نشوزاً إذا كان منافياً لمصلحة الأسرة^(٩).
- ١٢ - عدم وقوع طلاق السكران أياً كان سبب سكره^(١٠).
- ١٣ - تحديد أقصى العدة بسنة واحدة^(١١).

-
- (١) انظر المادة رقم (١٧)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٤٣).
 - (٢) انظر المادة رقم (٢٣)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٤٥-١٤٧).
 - (٣) انظر المادة رقم (٢٤)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٥٠-١٥١).
 - (٤) انظر المادة رقم (٢٩/ب)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٥٤).
 - (٥) انظر المادة رقم (٣٤)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٦٢).
 - (٦) انظر المادة رقم (٣٦)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٦٣-١٦٤).
 - (٧) انظر المادة رقم (٤٠/ج)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٥٧-١٥٨).
 - (٨) انظر المادة رقم (٦٢)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٧٨).
 - (٩) انظر المادة رقم (٨٩)، والمذكرة الإيضاحية (ص١٩٦).
 - (١٠) انظر المادة رقم (١٠٢)، والمذكرة الإيضاحية (ص٢١١).
 - (١١) انظر المادة رقم (١٦٠)، والمذكرة الإيضاحية (ص٢٦١-٢٦٢).

١٤- عدم إلزام المرأة المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها بالاعتداد في بيت زوجها^(١).

١٥- ثبوت نسب الولد الناتج عن الزواج الفاسد والزواج بشبهة^(٢).

وإلى جانب ذلك، اعتمد قانون الأحوال الشخصية على مبدأ المصلحة في تأسيس بعض آرائه التي خالفت ما عليه جمهور أهل العلم، أو تصطدم بنص شرعي صريح، ومن ذلك:

مسألة طبيعة الفرقة باللعان:

قررت المادة (١٨٠) أن الفرقة باللعان فسخ، وبينت المذكرة التفسيرية أنها أخذت بكونه فسخاً؛ لأن فيه مصلحة في إبقاء ما يملكه الزوج من طلاقات، وبينت أن هذا رأي الشافعي وأحمد.

والذي يمكن ملاحظته في هذه المادة أن القانون استدل برأي الشافعية والحنابلة والمالكية بكون اللعان فسخاً فقط^(٣)، ولم يأخذ برأيهم بكون هذا الفسخ يوجب التحريم المؤبد^(٤)، فأخذ بقولهم بالفسخ حتى يبقى للزوج طلاقته على زوجته التي لاعنها، والتي يحق له الرجوع إليها؛ أخذاً بمذهب الحنفية الذين يقولون أصلاً بأن الفرقة بسبب اللعان طلاق وليس فسخاً^(٥).

فالقانون - إذًا - أخذ من الجمهور قولهم بأن الفرقة فسخ، ولم يأخذ بقولهم بالحرمة المؤبدة، وأخذ من الحنفية قولهم بجواز اجتماع الزوجين المتلاعنين، إذا أكذب الزوج نفسه، ولم يأخذ بقولهم بكون الفرقة بينهما طلاقاً،

(١) انظر المادة رقم (١٦١)، والمذكرة الإيضاحية (ص ٢٦٢).

(٢) انظر المادة رقم (١٧٢/أ)، والمذكرة الإيضاحية (ص ٨١٠). طبعة دار الفلاح.

(٣) انظر: المنتقى للباي (٧٣/٤)، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري (٣/٣٨٥)، المغني لابن قدامة (٨/٥٣-٥٤).

(٤) انظر المراجع السابقة.

(٥) انظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٣/١٩)، شرح فتح القدير، لابن الهمام (٤/٢٨٦).

وليس فسخاً، فشرّع مادتين؛ إحداهما تجيز اجتماع المتلاعنين، وأخرى تجعل
الفرقة فسخاً، وكل ذلك بحجة التوسعة والمصلحة!!

المبحث الرابع مراعاة الحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها

المسألة الأولى: عدم وقوع الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق:

قررت المذكرة التفسيرية في تعليقها على المادة (١٠٥) أنها اختارت إلغاء
الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، وفي جميع الصور، ولم تقر إلا
الطلاق المنجز، وهي بذلك قد خالفت مذهب جمهور الفقهاء. القائل بوقوع
الطلاق المضاف^(١) والمعلق، واليمين بالطلاق، متى ما تحققت شروطه، جاء في
الموسوعة الفقهية: «ذهب الجمهور إلى أن الطلاق المضاف إلى المستقبل ينعقد
سبباً للفرقة في الحال، ولكن لا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله المضاف إليه
بعد استيفائه لشروطه الأخرى»^(٢).

وجاء فيها أيضاً: «اتفق جمهور الفقهاء على صحة اليمين بالطلاق، أو
تعليق الطلاق على شرط مطلقاً، إذا استوفى شروط التعليق الآتية»^(٣).

والذي يبدو أن القانون الكويتي ومذكرته التفسيرية أخذاً بعدم وقوع الطلاق
المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، رغبة منهما في الحفاظ على كيان الأسرة،
وتقليل وسائل الطلاق التي تؤدي إلى هدم الزوجية.

(١) انظر في وقوع الطلاق المضاف: البدائع للكاساني (١٣٣/٣) المغني، لابن قدامة

(٢٤٤/٧). وانظر في وقوع اليمين بالطلاق: بدائع الصنائع للكاساني (٣٠/٣).

(٢) الموسوعة الفقهية ٣٦/٢٩.

(٣) الفقهية ٣٨/٢٩.

المسألة الثانية: صحة نكاح الخاطب الثاني مطلقاً:

قررت المادة (٣/ب) في فقرتها عدم فسخ عقد النكاح إذا تزوجت المخطوبة بآخر غير خاطبها الأول، وحكمت بصحة العقد إذا استوفى أركانه وشروطه، وقررت المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم موافق لرأي الجمهور، لكنها أضافت إلى رأي الجمهور رأياً غير مشهور في المذهب المالكي، وعدلت عن القول المشهور في المذهب، وهو القائل بالفسخ قبل الدخول، وبعدم الفسخ بعد الدخول، بل أقرت بأن الرأي غير المشهور في المذهب يخالف أيضاً قولاً ثالثاً يقول بالفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، وقد ذكرت المذكرة مبرراتها لقبول هذا القول غير المشهور وإعراضها بأنه الحرص على المحافظة على استقرار الأسرة، جاء في حاشية الدسوقي: «وفسخ عقد الثاني وجوباً بطلاق وإن لم يطلق الخاطب الأول، ولو لم يعلم الثاني بخطبة الأول»^(١)

وجاء في حاشية الخرشي: «وفسخ إن لم يبين، أي وإن ارتكب الحرمة وخطب من ركنك لغير فاسق، وعقد، فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول وجوباً بطلاق من غير مهر، ولو لم يقيم الخاطب الأول، وما يأتي في قوله وعرض راكمه لغير عليه من أن العرض مستحب، هو قول ابن وهب، وهو مبني على القول بعدم الفسخ، وهو ضعيف، والمشهور ما هنا من الفسخ قبل البناء لا بعده»^(٢).

وقال الباجي في المنتقى: «وقال القاضي أبو محمد: إن الظاهر من المذهب الفسخ، ودليلنا عليه نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن ذلك، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه»^(٣).

ولا شك أن ما ادعته المذكرة الإيضاحية ههنا في تبريرها لتصحيح زواج الخاطب الثاني، بأنه الحرص على مصلحة الأسرة، لا يسلم لها، إذ إن في ذلك أيضاً إغراء للناس على التلاعب بالعقود، بحيث تخطب المرأة لرجل، ويتعلق بها،

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧/٣.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٦٨/٢.

(٣) المنتقى شرح الموطأ، للباجي ٢٦/٣ ٥.

ثم تتركه دون سبب وتتزوج بآخر؛ مما يتسبب في ثوران الحقد والضغائن وإدخال الحزن على قلب الخاطب الأول، وهي المعاني التي لأجلها حرم الإسلام خطبة المسلم على خطبة أخيه ما لم يترك الأول. وبهذا يثبت أن المصلحة التي راعها القانون في تصحيح زواج الخطاب الثاني قبل أن يترك الخاطب الأول، أنها ليست محض مصلحة، بل يقابلها العديد من الأضرار التي تنشأ عن مثل هذه التصرفات.

الخاتمة

أولاً - نتائج البحث:

- ١ - وضع المقنن الكويتي نصب عينيه - عند سنّ قانون الأحوال الشخصية الكويتي - سلوك طريق التيسير والتخفيف، ورفع الحرج، ومراعاة أعراف المجتمع وتقاليده، وتقدير المصالح، والحفاظ على كيان الأسرة.
- ٢ - لم يتبع القانون الكويتي مذهباً واحداً في اختياراته من أقوال المذاهب، على الرغم من أنه اعتمد على المذهب المالكي كمصدر أساس للاختيار، ورأى أن تكون اختياراته نابعة من المذهب الإسلامي الكبير الذي يشمل الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه.
- ٣ - اتبع القانون الكويتي في مواضع عديدة منهج التوفيق بين أقوال المذاهب في المسألة الواحدة؛ مما جعله يخرج بآراء في مسائل الأحوال الشخصية لم يقل بها أحد من الفقهاء قبله.
- ٤ - اعتمد المقنن الكويتي في قانون الأحوال الشخصية على سلوك مبدأ التيسير والتخفيف ورفع الحرج، إلا أن مراعاة مبدأ التيسير قد حدا القانون الكويتي إلى القول ببعض الآراء الضعيفة بل المتعارضة أيضاً مع النصوص الشرعية، ومن ذلك: قوله بصحة شهادة الكتابيين في زواج المسلم بالكتابية، وهو رأي معارض للنص الصريح: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، وكذلك اختياره في عدم قضاء ديون الله - عز وجل - من تركة الميت، وهو رأي معارض للحديث الصحيح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - : " فدين الله أحق أن يقضى ".
- ٥ - اعتمد قانون الأحوال الشخصية الكويتي على المصلحة في كثير من اختياراته، ولكنه حاد عن الجادة في بعض هذه الاختيارات، فقال ببعض الآراء المتعارضة مع النصوص الصريحة، وكان دافعه في ذلك ما يتوهم له أنه مصلحة. ففي مسألة اللعان - مثلاً - أخذ القانون من الجمهور قولهم بأن الفرقة فسخ ولم يأخذ بقولهم بالحرمة المؤبدة، وأخذ من الحنفية قولهم

بجواز اجتماع الزوجين المتلاعنين إذا أكذب الزوج نفسه ولم يأخذ بقولهم يكون الفرقة بينهما طلاقاً وليس فسخاً، فشرّع مادتين؛ إحداهما تجيز اجتماع المتلاعنين وأخرى تجعل الفرقة فسخاً، وكل ذلك بحجة التوسعة والمصلحة.

٦ - راعى قانون الأحوال الشخصية الكويتي العرف وتقاليده المجتمع الكويتي في بعض اختياراته، وهو ما دفعه أيضاً إلى اتباع منهج التلقيق بين المذاهب والخروج بآراء غير مسبقة من أحد من الفقهاء، مثل قوله بضرورة اجتماع رأي الولي والمولى عليها البكر التي لم تبلغ خمساً وعشرين سنة، وكذلك عدم أخذه بالمذهب الحنفي في جواز أن يكون شهود النكاح رجلاً وامرأتين، على الرغم من اعتماده بصورة رئيسية على المذهب الحنفي في مسائل شهود النكاح.

٧ - راعى قانون الأحوال الشخصية الكويتي مبدأ الحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها، في العديد من اختياراته، وهو ما حذاه إلى القول ببعض الآراء المتعارضة مع النصوص الشرعية، أو مقاصد الشريعة وأهدافها، وذلك مثل قوله بعدم وقوع الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق.

ثانياً - التوصيات:

نوصي المقنن الكويتي بضرورة إعادة النظر في المسائل التالية، لأن أحكامها فيها مخالفة صريحة للنصوص الشرعية، وللرأي المستقر عليه عند جمهور العلماء:

- ١ - جواز شهادة الكتابيين على زواج المسلم بكتابية.
- ٢ - عدم قضاء ديون الله سبحانه من تركة الميت.
- ٣ - جواز أن يرث المسلم قريبه المرتد.
- ٤ - عدم وقوع الطلاق المضاف والمعلق واليمين بالطلاق.
- ٥ - حق الزوج الأول في استئناف الطلقات الثلاث إذا رجع لزوجته، بعد أن تزوجت بآخر.

- ٦ - اعتبار الفرقة باللعان فسخاً، وجواز رجوع الزوج لزوجته إذا أكذب نفسه.
- ٧ - صحة نكاح الخاطب الثاني مطلقاً.

مراجع البحث

- الإبهاج في شرح المنهاج. تأليف: تقي الدين السبكي وابنه تاج الدين. دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ).
- آثار ابن المقفع. نشر دار مكتبة الحياة سنة ١٩٦٨م، دون ذكر رقم الطبعة.
- إحكام الفصول لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد، الباجي المالكي. تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري. مؤسسة الرسالة - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ).
- أحكام القرآن. لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (ت ٥٤٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي. ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي - مصر.
- أحكام القرآن. تأليف: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص. تحقيق: محمد الصايق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م).
- الإحكام في أصول الأحكام. تأليف: سيف الدين علي بن محمد الأمدي (ت ٦٣١هـ). تحقيق عبدالرازق عفيفي. المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (١٤٠٢هـ).
- الإحكام في أصول الأحكام. تأليف: أبي محمد علي بن سعيد ابن حزم. دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ).
- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، للدكتور أحمد الغندور، الكويت - مكتبة الفلاح، ط ٥، (٢٠٠٦م).
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. تأليف: محمد بن علي الشوكاني. تحقيق: شعبان إسماعيل. دار الكتبي - مصر. الطبعة الأولى (١٤١٣هـ).
- أسنى المطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- أصول البزدوي. مطبوع مع شرحه كشف الأستار.

- أصول الشاشي، لأبي يعقوب إسحاق بن إبراهيم الخراساني، أصول الشاشي، تقديم: يوسف القرضاوي، تحقيق: محمد أكرم الندوي. بيروت - دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى (٢٠٠٠م).
- أصول الفقه. تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي، الدمشقي، الحنبلي، تحقيق فهد السدحان. مكتبة العبيكان - الرياض. الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ).
- أصول الفقه للدكتور أحمد فراج حسين. الدار الجامعية - القاهرة (١٩٩١).
- أصول السرخسي، للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت.
- أصول الفقه، الإسلامي. تأليف: د. وهبة الزحيلي. دار الفكر - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ).
- إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ط. دار الجيل، بيروت.
- كتاب الأم. تأليف: الإمام محمد بن إدريس الشافعي. دار المعرفة - بيروت. دت.
- الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء، لابن عبد البر. اعتنى به: عبدالفتاح أبو غدة. مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ).
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م).
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة - بيروت.
- البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية.
- بدائع الصنائع، لمسعود بن أحمد الكاساني الكتاب العربي - بيروت. الطبعة الثانية (١٩٨٢م).

- بداية المجتهد، لمحمد بن أحمد بن محمد المعروف بابن رشد الحفيد، دار الفكر - بيروت.
- البرهان في أصول الفقه. تأليف: أبي المعالي عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن عبدالله بن يوسف الجويني، المعروف بإمام الحرمين. تحقيق عبدالعظيم الديب. دار الوفاء - مصر. الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ).
- تاج العروس من جواهر القاموس. لأبي الفيض محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي. تحقيق مجموعة من المحققين. وزارة الإعلام بالكويت، الطبعة الأولى (١٣١٤هـ).
- التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المشهور بالمواق، دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ).
- التاريخ الكبير، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر - بيروت.
- تاريخ الكويت للمؤرخ العلامة المرحوم الشيخ عبد العزيز الرشيد.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: برهان الدين إبراهيم محمد بن فرحون، بيروت: دار الكتب العلمية.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي - الطبعة الثانية.
- التعبير شرح التحرير في أصول الفقه الحنبلي: لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، دراسة وتحقيق: د. عبدالرحمن الجبرين، ود. عوض القرني، ود. أحمد السراح، نشر: مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى اليحصبي. تحقيق: عبد القادر الصحراوي. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، الطبعة الثانية، (١٤٠٣هـ).
- التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت. الثالثة، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

- التقرير والتحرير على التحرير في أصول الفقه، لابن أمير الحاج، تحقيق: عبدالله محمود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.
- تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق. د. محمد زكي عبدالبر، طبع إدارة إحياء التراث الإسلامي - قطر، الطبعة الثانية (١٩٨٦م).
- التمهيد في أصول الفقه، لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن الكلوزاني، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، بيروت - مؤسسة الريان، الطبعة الثانية، (٢٠٠٠م).
- تهذيب اللغة. تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى. تحقيق محمد عوض مرعب. دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م).
- توجيه النظر إلى أصول أهل الأثر. تأليف: الشيخ طاهر الجزائري. اعتنى به عبدالفتاح أبو غدة. المطبوعات الإسلامية - حلب. الطبعة الأولى (١٤١٦هـ).
- تيسير التحرير. تأليف: محمد أمين بن محمود البخاري، المعروف بأمير بادشاه. دار الفكر - بيروت. د. ت.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، نشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ.
- الجامع الصحيح. تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري. تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي. دار إحياء التراث العربي - بيروت. د. ت.
- الجامع الصحيح. تأليف: أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي. تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين. دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ).
- الجامع الصحيح. لمحمد بن إسماعيل أبي عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق

- الدكتور مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير - اليمامة، الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- جامع بيان العلم وفضله. للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري (ت ٤٦٣هـ). قدم له وعلق عليه: محمد عبدالقادر أحمد عطاء. مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م).
- الجامع لأحكام القرآن. تأليف محمد بن أحمد القرطبي. دار الشعب - القاهرة - الطبعة الثانية.
- الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية.
- حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع. مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، الطبعة الثانية.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي (د.ت).
- حاشية العدوي على الخرشي على مختصر خليل - علي بن أحمد الصعيدي العدوي، دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١٢هـ).
- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عابدين، دار الكتب العلمية - بيروت.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر - بيروت، (١٤٢١هـ).
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي. تحقيق: محمد أبو النور. دار التراث، دون ذكر رقم الطبعة وسنة الطبع.
- الرسالة. تأليف: الإمام محمد بن إدريس الشافعي. تحقيق: أحمد محمد شاكر. المكتبة العلمية - بيروت. د.ت.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المكتب الإسلامي - بيروت.

- روضة الناظر وجنة المناظر. تأليف: أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد المعروف بابن قدامة المقدسي. تحقيق: عبدالكريم النملة. مكتبة الرشد - الرياض. الطبعة الأولى (١٤١٣هـ).
- سنن ابن ماجه، لأبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني. تحقيق فؤاد عبدالباقي، دار الفكر - بيروت. د. ت.
- سنن أبي داود. لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي. تحقيق عزت عبيد دعاس. مكتبة محمد علي السيد - حمص. الطبعة الأولى (١٣٨٩هـ).
- سنن الدارمي. تأليف: الإمام عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي. تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ).
- السنن الصغرى (المجتبى). لأبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة. دار البشائر الإسلامية - بيروت. الطبعة الثالثة (١٤٠٩هـ).
- السنن الكبرى. تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي. تحقيق: محمد عبدالقادر عطا. مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، (١٤١٤-١٩٩٤ م).
- سنن سعيد بن منصور: تحقيق: د. سعد آل حميد، دار الكتب العلمية - بيروت، دار الصميعي - الرياض - ١٤١٤هـ.
- السنن. لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني. دار الكتب العلمية - بيروت.
- شرح التلويح على التوضيح. تأليف: مسعود بن عمر التفتازاني. دار الكتب العلمية - بيروت. د. ت.
- شرح الخرشني على مختصر خليل. دار الفكر - بيروت.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك. محمد الزرقاني، دار المعرفة، بيروت.
- شرح الكوكب المنير. تأليف: محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي

- الفتوحى، المعروف بابن النجار الحنبلي. تحقيق: د. محمد الزحيلي ونزيه حماد. نشره: مركز البحث العلمي بكلية الشريعة، جامعة الملك عبدالعزيز - بمكة المكرمة. الطبعة الأولى (١٤٠٠هـ).
- شرح المنهاج، للأصفهاني، مكتبة الرشد - الرياض. الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ).
- شرح النووي على صحيح مسلم. تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٧هـ). راجعه: خليل الميس. دار القلم - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ).
- شرح فتح القدير. محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، بيروت - دار الفكر. الطبعة الثانية.
- شرح منتهى الإرادات، المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، عالم الكتب - بيروت، (١٩٩٣م).
- شرح منتهى الإرادات، المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، عالم الكتب - بيروت، (١٩٩٣م).
- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، للشيخ محمد عlish. طبع دار الفكر، سنة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣هـ) تحقيق أحمد عبد الغفور عطار. دار العلم للملايين - بيروت. الطبعة الرابعة (١٩٩٠م).
- العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى، محمد بن الحسين الفراء البغدادي، تحقيق: أحمد بن علي سير المباركي، الرياض الطبعة الثانية (١٩٩٠م).
- فتح الباري شرح صحيح البخاري. تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن

- حجر العسقلاني. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار الريان للتراث - القاهرة. الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ).
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: الشيخ عبدالعزيز بن باز، وترتيب: محب الدين الخطيب، محمد فؤاد عبد الباقي، قصي محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية - القاهرة، الثالثة ١٤٠٧هـ.
- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام. دار الفكر - بيروت.
- فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، للدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد.
- الفقيه والمتفقه، للحافظ الخطيب البغدادي، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٦م).
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن الحجوي الفاسي، علق عليه: عبدالعزيز بن عبدالفتاح القاري. المكتبة العلمية، بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٣٩٦هـ).
- القاموس الفقهي، لسعدي أبي جيب، دار الفكر - دمشق.
- القاموس المحيط. تأليف: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر المعروف بالفيروزآبادي. مؤسسة الرسالة - بيروت. الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ).
- القانون رقم (٢٠٠٨/٣١) بشأن الفحص الطبي، ومذكرته الإيضاحية.
- قواطع الأدلة في أصول الفقه. تأليف: أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني. تحقيق عبدالله الحكي. مكتبة التوبة - الرياض. الطبعة الأولى (١٤١٩هـ).
- كشف القناع عن متن الإقناع: تأليف: الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ) بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م).

- كشف الأسرار. تأليف: عبدالعزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري. تحقيق محمد المعتمد بالله البغدادي. دار الكتاب العربي - بيروت. الطبعة الأولى (١٤١١هـ).
- الكليات، لأبي البقاء الكفوي. تحقيق عدنان درويش. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية (١٤١٣هـ).
- لسان العرب. تأليف: محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الإفريقي. دار صادر - بيروت. الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ).
- لمحات من تطور القضاء والتشريع في الكويت للأستاذ الفاضل سليمان خالد المطوع، (مجلة المحامي) جمعية المحامين في الكويت؛ العدد السابع، يناير (١٩٧٤م).
- المبسوط، لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة - بيروت.
- المجموع شرح المذهب. للنووي، مكتبة الإرشاد - جدة.
- المحصول في علم أصول الفقه. تأليف: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي. تحقيق طه العلواني. مؤسسة الرسالة. الطبعة الثانية (١٤١٢هـ).
- المحلى، لأبي محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الفكر - بيروت.
- المحيط في اللغة: للصاحب بن عباد (ت ٣٨٥هـ)، تحقيق: محمد حسن آل ياسين، نشر: عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا، مطبعة طربين - دمشق، الطبعة العاشرة (١٣٨٧هـ - ١٩٦٨).
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل. تأليف: الشيخ عبدالقادر بن بدران الدمشقي. صححه وقدم له: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي. مؤسسة الرسالة - بيروت. الطبعة الثالثة (١٤٠٥هـ).

- المدخل للفقه الإسلامي، للدكتور محمد سلام مدكور، دار الكتاب الحديث- الكويت.
- المذكرة التفسيرية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي. إصدار هيئة الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الوزراء الكويتي، الطبعة السابعة (٢٠٠٦م).
- المستدرك على الصحيحين، لأبي عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد بن حمدويه الضبي النيسابوري الشهير بالحاكم. تحقيق: عبدالقادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١١هـ).
- المستقصى في علم الأصول، للغزالي (ت ٥٠٥هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.
- المسند. تأليف: الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (٢٤١هـ). الطبعة الميمنية. د. ت.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقري المعروف بالفيومي. دار الهجرة - إيران. الطبعة الثانية (١٤١٤هـ).
- المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ).
- المصنف، لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي. (٢٣٥هـ). تحقيق كمال يوسف الحوت. مكتبة الرشد - الرياض. الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ).
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٩٤م).
- معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الجيل - بيروت، الطبعة الثانية (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م).
- المعجم الوسيط. إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة.
- معجم مقاليد العلوم، للسيوطي.

- المغني شرح مختصر الخرقى، لأبي محمد عبد الله بن قدامة، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، للقاضي أبي الوليد سليمان الباجي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- الموافقات، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تحقيق: عبدالله دراز، نشر: دار المعرفة، بيروت.
- موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر، للحافظ ابن حجر العسقلاني (١/١١٨)، مكتبة الرشد - الرياض. الطبعة الأولى (١٤١٢هـ).
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب (ت ٩٥٤هـ)، بيروت - دار الفكر، ط ٢ (١٣٩٨هـ).
- الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت.
- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي، دار ابن حزم - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ).
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، ط. الأخيرة، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ). دار الجيل - بيروت: دار الجيل.
- الهداية شرح البداية للمرغيناني، المكتبة الإسلامية - بيروت.
- الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة - بيروت. الطبعة السابعة (١٤١٩هـ).

